

ADVOGADA

ANO VII - Nº 13 - NOV | 11

# REVISTA DE DIREITO

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS  
DA CÂIXA ECONÔMICA FEDERAL

# **Revista de Direito da ADVOCEF**

*Associação Nacional dos Advogados  
da Caixa Econômica Federal*

**ADVOCEF***Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal*

SBS, Quadra 2, Bloco Q, Lote 3, Sala 1410, Edifício João Carlos Saad, CEP 70070-120, Fones (61) 3224-3020 e 0800-6013020

[www.advocef.org.br](http://www.advocef.org.br)

[revista@advocef.org.br](mailto:revista@advocef.org.br)

Revista de Direito da ADVOCEF. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.13, 2011

Semestral

ISSN: 1808-5822

1. Advogado. 2. Direito. 3. Legislação. 4. Banco. I. Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. II. Título.

343.03  
343.8103

Capa: *Marcelo Torrecillas*

Editoração Eletrônica: *José Roberto Vazquez Elmo*

Revisão: *Simone Diefenbach Borges*

Tiragem: 2.200 exemplares

Periodicidade: *semestral*

Impressão: *Gráfica Editora Pallotti*

*Solicita-se Permuta*

## **DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF**

### **Presidente**

Carlos Alberto Regueira de Castro e Silva (Recife)

### **Vice-Presidente**

Anna Claudia de Vasconcellos (Florianópolis)

### **1º Tesoureira**

Isabella Gomes Machado (Brasília)

### **2º Tesoureiro**

Estanislau Luciano de Oliveira (Brasília)

### **1º Secretário**

Luciano Caixeta Amâncio (Brasília)

### **2º Secretário**

Jair Oliveira Figueiredo Mendes (Salvador)

### **Diretor de Articulação e Relacionamento Institucional**

Júlio Vitor Greve (Brasília)

### **Diretor de Comunicação, Relacionamento Interno e Eventos**

Roberto Maia (Porto Alegre)

### **Diretor de Honorários Advocatícios**

Álvaro Sérgio Weiler Junior (Porto Alegre)

### **Diretor de Negociação Coletiva**

Marcelo Dutra Victor (Belo Horizonte)

### **Diretor de Prerrogativas**

Pedro Jorge Santana Pereira (Recife)

### **Diretor Jurídico**

Fernando da Silva Abs da Cruz (Porto Alegre)

### **Diretora Social**

Elenise Peruzzo dos Santos (Porto Alegre)

## **CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA**

Altair Rodrigues de Paula

Patrícia Raquel Caires Jost Guadanhim

Roberto Maia

## CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

*Doutorando em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR.  
Mestre em Direito Ambiental pela UEA/AM. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela FADIVALE/MG.*

Davi Duarte

*Especialista em Direito Público pelo Centro de Estudos Fortium/  
Faculdade Projeção/DF.*

Iliane Rosa Pagliarini

*Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Especialista em Direito Tributário pela Universidade da Amazônia. Pós-graduanda em Gestão Pública pela Universidade Estadual de Maringá.*

Bruno Queiroz Oliveira

*Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará.  
Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Professor do Curso de Direito da Faculdade Christus e da Escola Superior do Ministério Público no Ceará.*

João Pedro Silvestrin

*Pós-graduado em Direito e Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas e Especialista em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário - UNISC.*

## CONSELHO DELIBERATIVO

### Membros Efetivos

Alfredo Ambrósio Neto (Goiânia)

Davi Duarte (Porto Alegre)

Elton Nobre de Oliveira (Rio de Janeiro)

Juliana Varella Barca de Miranda Porto (Brasília)

Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)

### Membros Suplentes

Antônio Xavier de Moraes Primo (Recife)

Fábio Romero de Souza Rangel (João Pessoa)

Jayme de Azevedo Lima (Curitiba)

## CONSELHO FISCAL

### Membros Efetivos

Adonias Melo de Cordeiro (Fortaleza)

Daniele Cristina Alaniz Macedo (São Paulo)

Rogério Rubim de Miranda Magalhães (Belo Horizonte)

### Membro Suplente

Melissa Santos Pinheiro Vassoler Silva (Porto Velho)

# ■ SUMÁRIO

---

**APRESENTAÇÃO .....** ..... 7

**MENSAGEM .....** ..... 9

## **PARTE 1 – ARTIGOS**

<b>Preempção no Estatuto da Cidade: instrumento de política urbana</b> <i>Henrique Chagas .....</i>	13
<b>A função social da propriedade no Estatuto da Cidade: enfoque aos instrumentos da política urbana úteis no combate à especulação imobiliária</b> <i>Alaim Giovani Fortes Stefanello e Ilaine Aparecida Pagliarini .....</i>	69
<b>Estatuto da Cidade: análise a partir do Direito Ambiental, do Direito Internacional e da Constituição Brasileira</b> <i>Floriano Benevides de Magalhães Neto .....</i>	87
<b>Solo urbano e habitação de interesse social: a questão fundiária na política habitacional e urbana do país</b> <i>Raquel Rolnik, Renato Cymbalista e Kazuo Nakano .....</i>	123
<b>A prenotação no registro de imóveis</b> <i>Luciana Buksztejn Gomes .....</i>	159
<b>Lei nº 12.349/2010 e a promoção do desenvolvimento nacional</b> <i>Fernanda Ongaratto Diamante .....</i>	175
<b>A relativização do princípio da proteção ao hipossuficiente quanto a empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista</b> <i>Bianca Zoehler Baumgart Crestani .....</i>	189

## **PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA**

### **Superior Tribunal de Justiça**

- Execução fiscal FGTS. Embargos. Acordo na Justiça do Trabalho após a Lei nº 9491/97. Legitimidade da cobrança* ..... 209

### **Superior Tribunal de Justiça**

- Ação civil pública. Abertura de conta de depósitos. Exigência de comprovação de endereço. Legalidade* ..... 221

### **Tribunal Superior do Trabalho**

- Agravo de instrumento. Recurso de Revista. Complementação de aposentadoria. Adesão a novo regulamento. Súmula 51, II, do TST. Decisão denegatória. Manutenção* ..... 231

### **Tribunal Superior do Trabalho**

- Plano de Cargos e Salários. Invalidade. Retorno à jornada de seis horas. Redução salarial. Não configuração* ..... 235

### **Tribunal Superior do Trabalho**

- Adesão ao Plano Previdenciário – REB. Validade das regras de saldamento do plano anterior – REG/REPLAN. CTVA. Integração* ..... 241

## **PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO** ..... 251

# APRESENTAÇÃO

---

## Dez anos após o Estatuto da Cidade

O Estatuto da Cidade representa uma das mais avançadas legislações urbanísticas do mundo, ao estabelecer diretrizes gerais da política urbana para o cumprimento das funções sociais da cidade.

Construído a partir de amplo debate público, trouxe instrumentos e dispositivos inovadores, mas pouco conhecidos por diversos setores da sociedade e ainda considerados sofisticados para a maioria dos municípios brasileiros, por exigir estudos específicos e pactos complexos entre os segmentos sociais afetados.

Sua implantação possibilitou um avanço na compreensão da dinâmica das cidades ao indicar como obrigatória a participação popular na elaboração e formulação de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, realçando os interesses coletivos sobre o tradicional modelo de planejamento urbano baseado em grupos de interesses.

Passados dez anos de sua aprovação, o Estatuto da Cidade é uma realidade no cotidiano da gestão pública dos municípios. Entretanto, é possível ampliarmos a utilização das inovações previstas, o que facilita inclusive a execução de programas governamentais como o PAC e o Minha Casa Minha Vida, que têm intensificado o processo de democratização do espaço urbano.

Mesmo em grandes cidades, observamos que a gestão do uso e ocupação do solo ainda é um desafio e, na maioria dos casos, está desvinculada de uma preocupação com a função social da propriedade.

---

Portanto, além da necessária capacidade técnica dos municípios, a consolidação do Estatuto está diretamente ligada à participação popular, que será maior quanto melhor for o entendimento dos cidadãos no que diz respeito aos benefícios que esses instrumentos trazem para o cotidiano de suas vidas.

Ao fomentar o debate e disseminar o conhecimento sobre os instrumentos jurídicos pertinentes ao Estatuto da Cidade, a Revista de Direito da ADVOCEF contribui para a consolidação da nova ordem jurídico-urbanística e para o aprofundamento da reflexão sobre os novos caminhos da gestão urbana, priorizando os interesses da maioria.

**JORGE FONTES HEREDA**  
*Presidente da Caixa Econômica Federal*

## ■ MENSAGEM

---

A XXI Conferência Nacional dos Advogados de 2011, promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, apresenta como tema do maior evento jurídico das Américas a defesa das liberdades, da democracia e do meio ambiente, tendo como cidade sede Curitiba, capital do Paraná, onde também ocorreu a histórica VII Conferência Nacional dos Advogados em 1978, a qual teve como preocupação central o Estado Democrático de Direito.

De igual forma está a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL comemorando seu sesquicentenário, atuando fortemente na execução das principais políticas públicas nacionais e auxiliando a consecução dos direitos sociais constitucionalmente previstos, reafirmando, justamente, seu compromisso com a defesa das liberdades, da democracia e do meio ambiente.

Entre os vários possíveis exemplos dessa atuação pode-se mencionar a democratização do acesso ao crédito para pessoas físicas e jurídicas, em especial o denominado microcrédito, bem como o amplo financiamento do acesso à moradia de baixa renda, libertando grande parte da população de situações de vulnerabilidade e, por fim, a promoção do saneamento ambiental com recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, além das criteriosas análises ambientais para concessão de empréstimos empresariais.

Neste rico contexto os advogados da CAIXA, por meio da ADVOCEF, oferecem à comunidade jurídica uma edição especial da Revista de Direito, já na sua 13<sup>a</sup> edição, comemorando os 10 anos do Estatuto da Cidade, instituído pela Lei 10.257 de 10 de julho de 2001.

---

O lançamento da edição especial da Revista de Direito da ADVOCEF durante a Conferência Nacional dos Advogados agrega singular importância ao periódico jurídico dos advogados da CAIXA, pois mostra a sinergia de propósitos que se está homenageando, uma vez que a inserção da área ambiental como tema do evento da OAB possui total congruência com a Lei 10.257/2001, a qual adota a sustentabilidade como uma das suas principais premissas.

Boa leitura a todos e a todas!

***Alain Giovani Fortes Stefanello***

***Conselheiro Editorial da Revista de Direito da ADVOCEF***

# PARTE 1

# ARTIGOS



# Preempção no Estatuto da Cidade: instrumento de política urbana

***Henrique Chagas***

*Advogado da CAIXA em São Paulo  
MBA Direito Empresarial FGV, Pós-graduado em  
Direito Civil, Direito da Propriedade Intelectual  
e Direito Urbanístico*

## RESUMO

O intuito deste trabalho é estudar o instituto do direito de preempção no âmbito do Direito Público, especificamente do Direito Urbanístico, positivado no Estatuto da Cidade. Como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, ungiu-se o Plano Diretor, regulamentado no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001). Evidentemente, é a partir do conceito de propriedade e sua função social dada pela Constituição que se instrumentaliza o Plano Diretor no exercício da política urbana. O Estatuto da Cidade resgatou valiosos instrumentos de política urbana, como o direito de superfície, o direito de preempção (de preferência), a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, as operações urbanas consorciadas, a transferência do direito de construir e o estudo de impacto de vizinhança. E o direito de preempção é o tema delimitado do nosso trabalho, que tem relevância a fim de garantir que os municípios possam utilizá-lo bem para aquisição de imóveis destinados a regularização fundiária, execução de programas e projetos habitacionais de interesse social, constituição de reserva fundiária, ordenamento e direcionamento da expansão urbana, implantação de equipamentos urbanos e comunitários, criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes, criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental, ou de proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico. Fundamental neste trabalho é destacar a importância dos princípios que norteiam o Direito Urbanístico para o uso do instrumental autorizado pela lei - direito de preempção -, em especial, o planejamento estratégico para as intervenções urbanísticas, a gestão democrática da cidade e a função social da propriedade.

Palavras-chave: Política Urbana. Estatuto da Cidade. Urbanização. Direito de preempção.

## ABSTRACT

The aim of this work is to study the institution of preemptive rights under the Public Law, specifically the urban law, positivized in the City Statute. As a basic instrument of development policy and urban sprawl, the Master Plan was anointed, regulated by the City Statute (Law nº 10.257, of July 10, 2001). Evidently, it is based on the concept of ownership and its social function given by the Constitution that exploits the Master Plan in the exercise of urban policy. The City Statute rescued valuable instruments of urban policy, as the surface rights, the right of preemption (also called pre-emptive rights), the onerous grant of the right to build and change of use, consortial urban operations, the transfer of the right to build and the neighborhood impact study. The Right of Preemption is the theme defined in our work, which relevance is to ensure that municipalities may as well use it to acquire property for: land regularization, implementing programs and housing projects of social interest, creation of reserve land, planning and direction of urban expansion, implementation of urban and community equipment, creation of public spaces for recreation and green areas, creation of conservation or protection of other areas of environmental interest, or protection of areas of historical interest, cultural or landscape. Central is to highlight the importance of the principles that guide the urban law for the use of instruments authorized by law - Right of Preemption - in particular the strategic planning for urban interventions, the democratic management of cities and the social function of property.

Keywords: Urban Policy. City Statute. Urbanization. Right of Preemption.

## Introdução

O Brasil transformou-se nos últimos cinquenta anos num país eminentemente urbano. Enorme êxodo rural modificou a estrutura das cidades, produzindo uma urbanização predatória, desigual e também injusta. Esse processo deu-se à luz de um arcabouço jurídico oriundo das discussões do Código Civil de 1916, gestado por um país rural, que não deu respostas às necessidades da evolução social advinda com a urbanização.

Se por um lado a urbanização aconteceu à mercê de uma legislação do século anterior, insuficiente e inadequada para bem estruturá-la, contudo, com a Constituição de 1988, instalou-se uma nova ordem jurídica e, consequentemente, houve atenção à realidade urbana instalada. Como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana ungiu-se o Plano Diretor, regulamentado no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001).

O Plano Diretor, com o *status* constitucional e com a regulação no Estatuto da Cidade, assumiu a função de interferir no processo de desenvolvimento local, integrado ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias e ao orçamento anual. Evidentemente, é a partir do conceito de propriedade com função social estabelecido pela Constituição que se instrumentaliza o Plano Diretor no exercício da política urbana.

Afinal, os princípios fundamentais que norteiam o Estatuto da Cidade são a gestão democrática, a justa distribuição dos ônus e benefícios decorrentes do processo de urbanização, a recuperação dos investimentos do poder público que tenham resultado em valorização de imóveis urbanos e o direito a cidades sustentáveis, à moradia, à infraestrutura urbana e aos serviços públicos. Princípios esses que conferem aos municípios novas possibilidades e oportunidades de gestão e financiamento de seu desenvolvimento, reforçando a importância do planejamento para a realização de políticas públicas urbanas locais.

O Estatuto da Cidade criou vários instrumentos para a promoção da política urbana, quais sejam: tributários, financeiros ou econômicos, jurídicos, administrativos e políticos. A lei resgatou, ainda, outros valiosos instrumentos, como o direito de superfície, o direito de preempção (de preferência), a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, as operações urbanas consorciadas, a transferência do direito de construir e o estudo de impacto de vizinhança.

Dentre esses instrumentos destacamos o direito de preempção, que confere ao poder público municipal a preferência para a compra de imóvel urbano, a ser exercida antes que o imóvel de seu interesse seja comercializado entre particulares e desde que respeitado o seu valor no mercado imobiliário. Evidentemente que, para usufruir desse direito, o município deverá possuir lei municipal específica baseada no Plano Diretor que delimita as áreas onde incidirá a preempção.

O instrumento permite que o município tenha preferência na aquisição de imóveis de interesse histórico, cultural ou ambiental, para que estes recebam usos especiais e de interesse coletivo. Permite, também, a aquisição de áreas para a construção de habitações populares, atendendo a uma demanda social, bem como para a implantação de atividades destinadas ao lazer e recreação coletivos.

Frente à enorme complexidade sócio-político-econômica da sociedade contemporânea, das modificações conceituais da propriedade, da sua função social, da estrutura das cidades, das necessidades sociais, quais as influências e as consequências do instituto do direito de preempção na política urbana municipal. Qual o seu alcance e a sua aplicabilidade?

E, por conclusão, qual o papel do instituto como instrumento de efetivação da justiça, de transformação social e de desenvolvimento. Como o instituto encontra-se positivado em nosso ordenamento jurídico, indagam-se as razões do seu escasso uso pelos municípios brasileiros. Por que estes não utilizam o instituto da preempção com frequência para as intervenções urbanas necessárias ao desenvolvimento da cidade?

É sob esse contexto que se faz necessário analisar o instituto do direito de preempção, que merece a devida atenção.

## 1 Das cidades

### 1.1 Da cidade e do município

No Brasil, desde seu inicio histórico, os municípios e as pequenas comunidades surgiram e se constituíram dentro de parâmetros locais, tanto ao seu existir quanto ao seu desenvolver-se, como cidades de habitação.

De imediato, registre-se que, desde a Grécia Antiga, especialmente para Aristóteles ([s.d.], p. 12-13), a cidade é entendida em seus vários aspectos como *pólis*, isto é, como sociedade política: "Sabemos que toda cidade é uma espécie de associação e que toda associação se forma tendo por alvo algum bem - ela subsiste para uma vida feliz."

Como nos ensina o professor José Afonso da Silva, no seu Direito Urbanístico Brasileiro:

No Brasil o fenômeno urbano vincula-se à política de ocupação e povoamento da Colônia e sua evolução liga-se estreitamente aos ciclos econômicos brasileiros. O sistema inicial de exploração grosseira dos recursos naturais (pau-brasil) deu origem às primeiras feitorias e alguns agrupamentos humanos com rudimento de agricultura [...] na Colônia os núcleos urbanos ou vilarejos resultaram da ação urbanizadora das autoridades coloniais, não de criação espontânea da massa; a formação de cidades e vilas é sempre um ato de iniciativa oficial (SILVA, 2010, p. 21).

José Afonso da Silva conceitua cidade em vários aspectos: demográfico e quantitativo, econômico e como um conjunto de subsistemas administrativos, comerciais, industriais e socioculturais. Enfim, como ele escreve, citando Virgílio Testa:

do ponto de vista urbanístico, um centro populacional assume característica de cidade quando possui dois elementos essenciais: a) as unidades edilícias - ou seja, o conjunto de edificações em que os membros da coleti-

vidade moram ou desenvolvem suas atividades produtivas, comerciais, industriais ou intelectuais; b) os equipamentos públicos - ou seja, os bens públicos e sociais criados para servir às unidades edilícias e destinados à satisfação das necessidades de que os habitantes não podem prover-se diretamente e por sua própria conta (estradas, ruas, praças, parques, jardins, canalização subterrânea, escolas, igrejas, hospitais, mercados, praças de esportes etc.) (TESTA, 1974, p. 6 *apud* SILVA, 2010, p. 26).

Como bem conceituou Moreno (2002, p. 11), "a cidade é o palco da vida": o que acontece na vida reflete na cidade e o que acontece na cidade reflete na vida do cidadão, ao tempo que cidade e sociedade se confundem. Desde tempos remotos, através de seus filósofos, o homem buscou pensar a vida tendo como substrato fundamental a cidade. Ele pensa a cidade e se esforça em determinar a imagem de sua cidade ideal.

Cepeda (1984, p. 42 *apud* CANEPA, 2007, p. 7) nos lembra:

Para Aristóteles, a cidade (*pólis*) era a comunidade perfeita de várias aldeias, possuidora do mais alto grau de suficiência e que surgiu por causa das necessidades da vida, mas cujo objetivo era viver bem (*eudaimonia*), do que se depreende sua afirmação de que a cidade é uma realidade natural e que o homem é um animal político, da *pólis* - cidade.

Portanto, não foi somente para viverem que os homens se reuniram em cidades, muito embora no Brasil Colônia as cidades tenham surgido como cidades de habitação. Os homens se estabeleceram em cidades para viverem felizes, para viverem o bem supremo dentro do conceito filosófico dado por Aristóteles, o pai do conceito de *pólis*. Nas cidades os homens estabeleceram entre si a sociedade civil para que suas famílias e descendentes participem da felicidade de uma vida independente e ao abrigo da miséria e de todas as mazelas ou agruras da vida selvagem.

A filosofia clássica, iniciando por Platão e Aristóteles, com uma atualidade impressionante, mostra a praticidade de se obter a *eudaimonia*, o bem supremo, a boa vida de ser vivida, como mencionado. Chegamos ao momento da modernidade tardia (pós-modernismo) com o mesmo conceito de cidade: o local da experiência imediata da vida prazerosa e cheia de felicidade. Apesar do progresso tecnológico, da informatização crescente e do avanço das telecomunicações, que mudaram substancialmente a vida dos habitantes das cidades, tudo parece obsoleto para a realização das finalidades do urbanismo, face ao desencanto com o progresso, quando se faz uma leitura quase weberiana dos aspectos e modos

de vida dos cidadãos das sociedades mais atrasadas e das mais evoluídas tecnologicamente.

A transformação das atuais relações sociais de produção aponta para os desdobramentos significativos de organização do território e o papel da cidade como lócus da produção e do consumo, assim entendido como operação finalística do bem viver pós-moderno, o que nos leva a concluir que a eudaimonia aristotélica conceituada na finalidade da *pólis* continua atual, mesmo nestes tempos de modernidade tardia. Contudo, por um lado temos a homogeneização da cultura, dos padrões de consumo e de vida, por outro temos um tecido social heterogêneo onde a diversidade social impera, com milhares de cidadãos alheios aos avanços tecnológicos vivendo às margens das cidades e situações de miséria imperando - situação paradoxal ao ideário de cidade.

A cidade da sociedade pós-industrial, que se diz pós-moderne, apresenta-se a nós como um produto de desenvolvimento tecnológico *vis-à-vis* à deterioração do meio ambiente, do desperdício.

## 1.2 Urbanismo, urbanização e urbanificação

Constata-se que, desde Aristóteles, o homem busca a vida societária para atingir o bem supremo, uma vida boa de ser vivida. A verdade é que a primeira preocupação do homem não foi construir cidades, contudo as construiu para realizar a sua finalidade primeira, que é viver bem. A cidade, portanto, é apenas um "meio" para atingir o seu objetivo; não é um fim em si mesma. Entretanto, a estruturação da vida em aldeias e, posteriormente, em cidades desencadeou o processo de urbanização.

O processo de urbanização, no afã da busca incessante de vida feliz, criou enormes problemas, como, por exemplo, a deterioração do ambiente urbano, a desorganização social, com a consequente carência de habitação e de emprego, somada às questões de higiene e de saneamento básico. Como ensina Silva (2010, p. 27), esse processo necessita de urbanificação<sup>1</sup>, expressão cunhada por Gastón Bardet, que significa uma forma de reurbanização pelo poder público, transformação do meio urbano para devolver-lhe a urbanidade.

Ensina-nos, ainda, o mestre Silva (2010, p. 31) que "o urbanismo objetiva a organização dos espaços habitáveis visando à realização da qualidade de vida humana" e conclui citando a célebre

<sup>1</sup> O autor explica bem a distinção entre urbanização e urbanificação, segundo ele, "o processo pelo qual a população urbana cresce em proporção superior à população rural". De acordo com o autor urbanificação é o remédio.

definição de Hely Lopes Meirelles: "Urbanismo é o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem da comunidade" (MEIRELLES, 1993, p. 377 *apud* SILVA, 2010, p. 250).

Em 1947, Baltar (1947, p. 136 *apud* MEIRELLES, 1993, p. 377) já conceituava urbanismo

como uma ciência, uma técnica e uma arte ao mesmo tempo, cujo objetivo é a organização do espaço urbano visando o bem-estar coletivo - através de uma legislação, de um planejamento e da execução de obras públicas que permitam o desempenho harmônico e progressivo das funções urbanas elementares: habitação, trabalho, recreação, circulação no espaço urbano. Uma ciência capaz de definir esse objetivo, uma técnica e uma arte capaz de realizá-lo. Uma disciplina de síntese.

Assim, as atividades urbanísticas consistem nas ações destinadas a realizar os fins do urbanismo, aplicando os seus princípios. Silva (2010, p. 32) distingue essas atividades, rememorando Joseff Wolff,

em: a) o planejamento; b) a política do solo; c) a urbanização; d) a ordenação das edificações. Como facilmente se conclui as atividades urbanísticas consistem, em síntese, na intervenção do Poder Público com o objetivo de ordenar os espaços habitáveis.

Portanto, uma atividade que somente pode ser exercida pelo poder público, mediante a intervenção na propriedade a fim de propiciar o cumprimento dos seus objetivos. Daí que se reconhece que a atividade urbanística é uma função pública, contudo deve ser realizada no interesse da coletividade, com as autorizações legais para regular os direitos dos proprietários particulares ou o exercício desses direitos.

Como escreve Silva (2010, p. 34),

o respeito ao princípio da legalidade constitui exigência fundamental para uma gestão democrática da cidade determinada no Estatuto da Cidade (art. 43), que para tanto, requer outros mecanismos, tais como órgãos colegiados de política urbana nos âmbitos nacional, estadual, municipal; e iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

A partir do que disse Le Corbusier (*apud* MIRANDA, M., 2009), "o urbanismo é uma ciência de organização do espaço, para além das restritas fronteiras da cidade", cabe afirmar que o urbanismo

ultrapassa os limites da cidade para englobar o território inteiro, que se influencia mutuamente, devendo, pois, ser estudado de forma sistêmica e conjugada.

## 2 Do Direito Urbanístico

### 2.1 Conceito

Segundo Silva (2010, p. 36), "o Direito Urbanístico é um produto das transformações sociais que vêm ocorrendo nos últimos tempos", estudado inicialmente por Hely Lopes Meirelles em capítulos do seu clássico *Direito Municipal Brasileiro* (1957) e que veio a desembocar na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Cidade (2001).

Assim, o Direito Urbanístico se constitucionalizou em 1988. Conforme Sundfeld (2010, p. 48),

o Direito Urbanístico veio a ser tratado como disciplina jurídica pelo art. 24, que conferiu expressamente à União competência legislativa para editar suas normas (inciso I, c/c o § 1º), deixando aos Estados a competência suplementar (§ 2º), existente também em favor dos Municípios (Art. 30, II).

E continua:

o papel que a Constituição de 1988 implicitamente assinalou ao direito urbanístico é o de servir à definição e à implementação da "política de desenvolvimento urbano", a qual tem a finalidade de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182, *caput*). O Direito Urbanístico surge, então, como o direito da política de desenvolvimento urbano.

Convém destacar que o município - a cidade - é um espaço de convivência social ao qual a Constituição de 1988 atribui, afinal, o seu devido significado, consignando, no seu artigo 18: "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição."

Evidentemente, foi a emergência de uma previsão de caráter geral sobre o urbanismo que pressionou o legislador constituinte de 1988 a assinalar ao direito urbanístico esse papel de servir à definição e à implementação de uma "política de desenvolvimento urbano".

Quanto ao Direito Urbanístico, a Constituição Federal do Brasil o menciona no inciso I do artigo 24, que trata das competências

legislativas concorrentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, o que, por si, indica a autonomia da matéria no contexto da ciência jurídica.

Da mesma forma que se reporta ao município e ao Direito Urbanístico, a Constituição também trata da política de desenvolvimento urbano a ser executada pelo poder público municipal, no artigo 182 e seus parágrafos.<sup>2</sup>

E o que se encontra previsto constitucionalmente foi devidamente regulamentado pelo Estatuto da Cidade, que assim estabelece em seu artigo 1º:

Art. 1º. Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Assim, com a Lei Federal nº 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, fica definitivamente consolidada a chamada "Ordem Urbanística", entendida como conjunto de normas de Direito Urbanístico, ramo autônomo da disciplina jurídica.

Conforme lição de Sundfeld (2010, p. 49):

o Direito Urbanístico surge, então, como o direito da política de desenvolvimento urbano, em três sentidos: a) como conjunto de normas que disciplinam a fixação dos objetivos da política urbana (normas constitucionais); b) como conjunto de textos normativos em que estão fixados os objetivos da política urbana (planos urbanísticos); e c) conjunto de normas em que estão previstos e regulados os instrumentos de implementação política urbana (Estatuto da Cidade).

Castilho (2010, p. 21-22) apresenta uma conceituação da matéria em dupla perspectiva:

o Direito Urbanístico, ramo do Direito Público de constituição recente - e cujo estudo se iniciou nas faculdades de arquitetura, aduza-se, tem, basicamente, dois enfoques centrais: o planejamento urbanístico, no nível macro, e a disciplina urbanística da propriedade, na es-

<sup>2</sup> "Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes."

cala oposta. Ambos se fazem presentes na recente e procedente definição de Ramón Parada: "Direito Urbanístico é o conjunto de normas reguladoras dos processos de ordenação do território e sua transformação física por intermédio da urbanização e da edificação".

Como bem definiu Castilho, o Direito Urbanístico busca estudar a cidade numa perspectiva macro, enquanto política urbana, e noutra perspectiva focada no lócus urbano, enquanto aplicação desta política na propriedade privada no território urbano a fim de atender às funções sociais da cidade.

Nesse contexto, fica claro que a função social da propriedade constitui núcleo central do Direito Urbanístico. Ressalte-se que a Constituição Federal estabeleceu de forma expressa no artigo 182, § 2º que a função social da propriedade urbana é cumprida quando atende às exigências fundamentais da ordenação da cidade.

O Direito Urbanístico e o direito à cidade ganharam autonomia no Brasil com a promulgação da Carta Constitucional de 1988 e com o Estatuto da Cidade, em 2001, que regulamenta os dispositivos do Capítulo da Política Urbana da Constituição. Com isso, vige nas cidades brasileiras um novo conceito jurídico, no qual se acha inserida a ideia de sustentabilidade, pois desejamos viver em cidades sustentáveis, assim chamadas.

## 2.2 Direito Urbanístico e urbanismo

Combinando o artigo 182, *caput*, com o artigo 30<sup>3</sup>, VIII, ambos da Constituição Federal, facilmente se conclui que o objeto do Direito Urbanístico tem natureza constitucional, especialmente quando se ligam a expressão "política urbana" e os institutos da "propriedade urbana" (art. 182, § 2º), do "solo urbano" (§ 4º) e da "área urbana" (art. 183). Conclui-se, também, como fez Sundfeld (2010, p. 49), que "o objeto da regulação promovida pelo Direito Urbanístico é o solo (espaço) da cidade. Nesse sentido, o Direito Urbanístico é o direito da política espacial da cidade".

Portanto, a política urbana, enquanto política espacial, precisa necessariamente se coordenar com a política econômica do país e com as políticas públicas de transportes, saneamento, energia etc., com o fim de atender aos anseios e às necessidades da coletividade local. De nada adianta uma reurbanização, com altíssimos investimentos públicos, se não atender às necessidades precípuas da coletividade. Não é incomum que atividades urbanísticas sejam efeti-

<sup>3</sup> Conforme a Constituição Federal do Brasil, artigo 30, VIII, compete ao município promover "adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do solo, do parcelamento e da ocupação do solo urbano".

vadas para atender, a princípio, às empreiteiras e aos interesses políticos, pejorativamente considerados.

Essa é a crítica de inúmeros urbanistas mundo afora. Jacobs (2011, p. 2), sustenta que

há um mito nostálgico de que bastaria termos dinheiro suficiente - a cifra geralmente citada fica em torno de uma centena de bilhões de dólares para erradicar todos os nossos cortiços em dez anos, reverter a decadência dos grandes bolsões apagados e monótonos que foram os subúrbios de ontem e de anteontem, fixar a classe média itinerante e o capital circulante de seus impostos e talvez até solucionar o problema do trânsito.

Tornou-se, então, indispensável buscar outras formas de propor a questão urbana. A contribuição crítica da obra da ativista política estadunidense Jane Butzner Jacobs (1916-2006), que abalou os princípios até então estabelecidos pelo urbanismo, fez com que surgissem novos métodos de abordagem à ciência urbana. Jane Jacobs, nas suas críticas aos principais modelos de urbanismo da época, partiu da observação das cidades reais, analisando todas as vertentes de planejamento e gestão, estabelecendo, assim, princípios que garantissem a vitalidade socioeconômica dos lugares reurbanizados.

Contudo, a despeito dessa nova proposta, o que se continuou vendo, quando da construção de grandes obras, modificativas do espaço urbano, com o objetivo de se obter um "bairro equilibrado" (por exemplo, a construção de *shopping centers* ou suntuosos centros culturais), é a exclusão dos pequenos comércios - e também da cultura -, da vida íntima e cotidiana das cidades. Sob o fundamento de restauração e equilíbrio urbano, promove-se a demolição do já existente e a exclusão das pessoas, para a construção de obras novas e, geralmente, de alto custo socioeconômico.

Acerca dessa situação, dizia Jacobs (2011, p. 3):

para que tais maravilhas sejam executadas, as pessoas estigmatizadas pelos planejadores são intimidadas, expropriadas e desenraizadas, como se eles fossem o poder dominante. Milhares e milhares de pequenos negócios são destruídos, e seus proprietários, arruinados, e dificilmente recebem qualquer compensação. Comunidades inteiras são arrasadas e lançadas ao vento, criando um cinismo, um ressentimento e um desespero difíceis de acreditar.

Exatamente por isso, Sundfeld (2010, p. 50) sustenta que "nenhuma política pública específica pode existir isoladamente, de-

vendo coordenar-se com a política geral do Estado e com as inúmeras políticas setoriais". De forma literária, Castilho (2010, p. 24-25) demonstra que a disciplina tem amplo alcance - uma cláusula geral da proteção da legalidade urbanística - ao tempo que há de submeter-se à microanálise, comparando a cidade com o texto de Roland Barthes (*La Torre Eiffel*, de 1964).

enquanto a disciplina urbanística faz um "close reading", ou seja, verifica as estruturas elementares, o planejamento urbanístico realiza aquilo que Franco Moretti, em "A literatura vista de longe", chama de "distant reading": "a distância faz com que se vejam menos os detalhes, mas faz com que se observem melhor as relações, o 'patterns', as formas".

A realização de um objetivo tão complexo como é este do urbanismo - organizar o espaço urbano para promover o bem-estar coletivo - somente pode se tornar viável mediante uma política organizacional, com diretrizes, princípios e objetivos claros. A partir dessa política, que se estabeleça um conjunto de regras que regulamente a enorme variedade de interesses, direitos e deveres que se inter-relacionam neste espaço e instrumentalize, legal e juridicamente, a gestão urbana.

### 2.3 Política urbana e gestão da cidade

A política urbana não é uma tarefa fácil; ao contrário, envolve inúmeros fatores - seja para urbanização, reurbanização ou reurbanificação - para que a cidade adquira um grau de urbanidade. O grau de urbanidade de uma cidade, de uma grande metrópole ou de um simples bairro depende intrinsecamente do grau de vitalidade urbana ali presente. Essa é a tese central do pensamento de Jacobs (2011, p. 3).

Para ela, manejar a complexidade urbana através de planos e projetos é uma tarefa séria e imprescindível. A decadência de um projeto urbano está no fato de se desconhecer o real funcionamento da cidade: exatamente quanto o planejamento leva em conta tão somente os resultados econômicos do empreendimento em prejuízo do vigor e da coerência da cidade real. O que é real nas cidades, para Jacobs, é o produto das práticas diárias de seus cidadãos.

A autora defendeu a existência de um planejamento ancorado na vida real das cidades, nascido de suas ruas e das vielas do lócus do plano urbanístico. Como se pode constatar, as observações e as críticas de Jacobs anteciparam os debates atuais, especialmente quanto à defesa da vitalidade e do vigor das grandes me-

trópoles, que, à mercê de sua grandiosidade, podem reunir condições favoráveis à prosperidade humana, enquanto lugar de vivência urbana, em todas as suas funções sociais. Até a década de 1980, pensava-se que as megacidades constituíam-se num mal: consequência de um desordenado desenvolvimento urbano, sendo que deveria se impedir a todo custo o êxodo rural. Propunham-se, então, medidas para fixar o homem no campo e evitar o inchaço das cidades.

A partir dos anos 90, solidificou-se, então, uma mudança significativa na compreensão da cidade como ambiente apropriado à vida do homem, atribuída a dois fatores: primeiro, o fracasso das políticas de fixação do homem no meio rural; segundo, a constatação de que os homens de fato escolheram viver em sociedade e prover suas necessidades na cidade.

Jacobs (2011, p. 243-244) apontou essa tendência:

é tolice negar o fato de que nós, norte-americanos, somos seres urbanos vivendo numa economia urbana - e, no processo de negação, perder também todas as zonas rurais verdadeiras das regiões metropolitanas, como tem acontecido constantemente à razão de 1.200 hectares por dia nos últimos dez anos.

Sustentou a autora que

o desenvolvimento do planejamento urbano e da política habitacional modernos fundamentou-se emocionalmente numa relutância inflexível em reconhecer como desejáveis as concentrações de pessoas nas cidades, e essa emoção negativa acerca das concentrações urbanas contribuiu para o enfraquecimento intelectual do planejamento urbano.

Diz ela que uma grande densidade populacional é o trunfo. "O objetivo é promover a vida urbana da população urbana, abrigada, esperamos, sob concentrações bastante densas e bastante diversificadas para possibilitar-lhe uma oportunidade viável de desenvolver a vida urbana" (JACOBS, 2011, p. 244).

Na verdade, ela percebeu que com uma cidade mais populosa e mais compacta é possível otimizar e qualificar melhor o espaço urbano, dotando-o de todas as funções sociais da urbanidade. As atividades urbanísticas não devem modificar o real funcionamento da cidade e a base da vitalidade urbana, que decorrem do convívio harmônico das quatro funções sociais da cidade: habitar, circular, trabalhar e divertir.

Conflitos nessas funções ou a supressão de algumas dessas funções comprometem a permanência da vida urbana e até mesmo da

própria cidade, como alertou Jacobs. Nenhuma cidade poderá estar voltada somente para a vida consumista, embora a visão pós-moderna de nossos dias valorize extremamente as atividades de consumo. A monofuncionalidade numa cidade corrói a vida humana, pois o seu planejamento, se eventualmente tenha existido, não levou em conta a diversidade funcional; ao contrário, ao se planejar um espaço urbano de forma monofuncional, possivelmente se imaginou que não haverá pedestres, por exemplo, ao se construir quarteirões muito longos.

### 3 Estatuto da Cidade

#### 3.1 Lei federal de desenvolvimento urbano e gestão da cidade

Exatamente para dar instrumentos legais e jurídicos para a gestão urbana, surgiu na legislação brasileira o chamado Estatuto da Cidade, com a promulgação da Lei Federal nº 10.257/2001. Não faltava apenas planejamento das intervenções urbanas realizadas nas cidades brasileiras, faltavam instrumentos jurídicos eficientes e eficazes. O planejamento, como veremos adiante, se tornou uma instituição jurídica, um instrumento legal e necessário, e deixou de ser algo meramente técnico. Portanto, continuam vivas as críticas lançadas por Jacobs.

Com a Constituição de 1988, ficou delineado com maior clareza o campo temático do Direito Urbanístico brasileiro (a política espacial das cidades e os instrumentos para a sua implementação), seus conceitos se fixaram e difundiram (função social da propriedade urbana, planejamento urbanístico, utilização compulsória etc.), seus objetivos foram se determinando (desenvolvimento urbano, regularização fundiária, proteção ambiental etc.), muitos instrumentos foram colocados à disposição (desapropriação urbanística, licença urbanística, Plano Diretor etc.) e competências ficaram definidas.

Nesse contexto, surgiu o Estatuto da Cidade, com a pretensão de pôr fim à prolongada adolescência em que ainda vive o Direito Urbanístico brasileiro. Pode-se dizer que se trata de um conjunto normativo intermediário. Evidentemente que muitas de suas normas, independentemente de qualquer complementação ou regulação, passaram a ser invocadas pelos interessados para solucionar relações jurídicas concretas, como é o caso do usufruível especial de imóveis urbanos e o direito de superfície. Porém, quase tudo exige desdobramentos legislativos posteriores.

Como afirma Silva (2010, p. 67), o Estatuto "assume, assim, as características de uma lei geral de direito urbanístico", com exagerado casuismo. De início, estabelece as diretrizes gerais da política

urbana que têm por objetivo ordenar as funções sociais da cidade e da propriedade urbana e indica os instrumentos da política urbana a serem utilizados.

### 3.2 Mudança de paradigmas na compreensão principiológica

Com a compreensão do significado e do alcance das normas jurídicas colocadas no Estatuto da Cidade e a correta interpretação de seus dispositivos, se abriram as enormes possibilidades para a gestão democrática das nossas cidades, seja na forma de acesso ao solo urbano, à moradia, seja na qualidade política do processo de construção da nova ordem jurídico-urbanística.

Como exposto, ao regulamentar o capítulo constitucional sobre política urbana, confirmou-se de maneira inequívoca o Direito Urbanístico como ramo autônomo do direito público brasileiro. Fernandes (1998) sustenta que é imperativo ter uma visão interdisciplinar dos fenômenos urbanísticos em razão da complexidade das questões e dos problemas jurídicos das cidades, por isso apresentou proposição no sentido de que

a devida avaliação crítica dessa dimensão jurídica tão importante, tão negligenciada do processo de desenvolvimento urbano requer uma mudança paradigmática na maneira de se refletir sobre dois temas básicos, quais sejam: se Direito Urbanístico e gestão urbana não podem mais ser pensados separadamente, é preciso "arrancar" o tratamento jurídico do direito de propriedade imobiliária do âmbito individualista do Direito Civil para colocá-lo no âmbito do Direito Urbanístico, de tal forma que o direito coletivo ao planejamento das cidades criado pela Constituição Federal de 1988 seja materializado. Da mesma forma, é preciso "arrancar" o tratamento jurídico da gestão urbana do âmbito restritivo do Direito Administrativo para colocá-lo no âmbito mais dinâmico do Direito Urbanístico, de tal forma que o direito coletivo à gestão participativa das cidades, também criado pela Constituição Federal de 1988, seja efetivado (FERNANDES, 2002, p. 44).

Parece-nos claro que o nó górdio dessa discussão está na materialização do princípio da função social da propriedade, que é exatamente princípio fundamental do Direito Urbanístico e do Direito Ambiental.

O princípio da função social da propriedade constou das constituições brasileiras desde a de 1934, contudo sem uma definida conceituação e sem instrumentos legais e jurídicos operacionais eficazes para o seu cumprimento.

É na Constituição Federal de 1988 que o princípio da função social da propriedade urbana obteve consistência objetiva, sintetizada por Fernandes (2002, p. 45):

o direito de propriedade imobiliária urbana é assegurado desde que cumprida sua função social, que por sua vez é aquela determinada pela legislação urbanística, sobretudo no contexto municipal. Cabe ao governo municipal promover o controle jurídico do processo de desenvolvimento urbano através da formulação de políticas de ordenamento territorial, nas quais os interesses individuais dos proprietários necessariamente coexistem com outros interesses sociais, culturais e ambientais de outros grupos e da cidade como um todo.

Ora, o poder público municipal, através de leis e dos instrumentos jurídicos urbanísticos instituídos pela Constituição e pelo Estatuto da Cidade, determina a medida desse equilíbrio possível entre interesses individuais e coletivos quanto à utilização do solo urbano, ou seja, da cidade; para tanto, o município deve se valer dos instrumentos de política urbana de que dispõe e que lhe autorizam a Constituição e o Estatuto da Cidade.

E o instrumento da preempção, objeto do nosso estudo, é muito pouco utilizado pelo poder público municipal, apesar de constar nos Planos Diretores ou em leis específicas na maioria dos municípios brasileiros.

A função social da propriedade não pode continuar como figura de retórica nas práticas de desenvolvimento e gestão de cidades. Muitas das ações urbanísticas dos setores privados e do poder público ainda se pautam pela noção do direito de propriedade individual irrestrito.

### **3.2.1 Função social da propriedade**

"A propriedade atenderá a sua função social", diz o artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal para a propriedade em geral. Essa afirmação constitucional é o bastante para não impingir quaisquer dúvidas nos interpretadores do direito. Contudo o constituinte não deixou margens para costumeiras dúvidas naqueles que regateiam o seu cumprimento, a reafirmou como princípio da ordem econômica (art. 170, II e III) e a inscreveu com conteúdo claro e definido em relação às propriedades urbanas e rurais, inclusive imputando sanções (arts. 182, 184 e 186).

Portanto, falar em direito à propriedade privada no Brasil atual, como afirma Carvalho (2009, p. 287), "soa como um discurso falacioso quando nos deparamos com a nossa realidade econômi-

ca e social". E, como sabido, o princípio da função social da propriedade encontrou eco contrário dos setores mais conservadores da sociedade; primeiro foram os ruralistas e latifundiários e depois os grupos econômicos ligados à especulação imobiliária urbana.

Apesar de tudo, após uma década do Estatuto da Cidade, está impregnado na cultura jurídica o princípio da função social da propriedade para o desenvolvimento da cidade. Claro que ainda se depara, mesmo que de forma diminuta, com a partição entre o direito público e privado, um preconceito a ser abandonado, na expressão de Carvalho (2009).

Importa, sim, deixarmos claro que a categorização do direito público e do direito privado como duas esferas estanques, autoexcludentes, como escreveu Ludwig (2002, p. 93),

é justamente gerada pela perspectiva dicotômica que combatemos. Se quisermos estabelecer uma nova noção desses conceitos distintos, como queremos, será necessário superar essa visão radical.

Juridicamente, é nítida a superação da dicotomia entre direito público e direito privado. Em outras palavras, a Constituição Federal reunificou o sistema jurídico em seu eixo fundamental (chamado vértice axiológico), em que se estabeleceu os princípios norteadores da República: iniciando pelo princípio da dignidade da pessoa humana, continuando pelos princípios da solidariedade social, da igualdade substancial, além da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais, promovendo o bem de todos.

Ora, para a realização dos princípios fundamentais da República, a Constituição promove uma interpenetração dos direitos públicos e privados, objetivando a prevalência do bem-estar da pessoa humana. Ante a prevalência dos princípios constitucionais, a propriedade perdeu o seu caráter patrimonialista para adquirir um caráter subjetivo e personalista, devendo ser analisada no seu aspecto funcional para atender aos princípios constitucionais basilares de nossa República.

Evidentemente, inúmeras discussões são travadas quanto à interpretação e sistematização do princípio da função social no direito; contudo, como em todo o direito, a ideia mais utilizada é aquela noção dada por Kant (*apud* CANARIS, 1996, p. 64): "Sistema é a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos diversos ou, se se quiser, a ordenação de várias realidades em função de pontos de vistas unitários".

Assim, os princípios constitucionais da República Federativa do Brasil são os pontos de convergência para o conceito da função social da propriedade e como deve ser sistematizada dentro do

ordenamento. Exatamente porque o Direito é uno, como já dizia Canaris (1996, p. 15):

No entanto, o concluir, sem mais, pela existência da unidade do Direito, a partir da natureza científica da jurisprudência ou do postulado metodológico do entendimento unitário, conduz a uma *petitio principii*.

Diante disso, é preciso entender que a função social não limita o direito de propriedade, como dizem alguns, mas a função social se constitui em um dos seus elementos, interagindo-se diretamente no seu conceito e no seu conteúdo, o que a qualifica como propriedade socialmente justa.

O jurista Leon Duguit (1975 *apud* CALVO SAN JOSÉ, 2000, p. 36), partindo da consideração de que é metafísica a ideia de que o direito de propriedade é um direito subjetivo, se motivou a propor a substituição de direito subjetivo pela ideia de função social, no sentido de que só se reconhece o direito de propriedade ao indivíduo para a realização de uma determinada função. Influenciado pelo positivismo, Duguit chegou à conclusão de que a propriedade não tem mais um caráter absoluto e nem o homem nem a coletividade têm direitos, mas cada indivíduo tem uma função a cumprir na sociedade.

O pensamento de Duguit (1975 *apud* CALVO SAN JOSÉ, 2000, p. 241) é radical no sentido de atribuir uma "noção realista de função social", concluindo que a propriedade é uma função social, sendo que a ideia de "propriété-fonction" já fora antecipada por Proudhon, mas foi com Duguit que entrou nos cânones polêmicos.

Influenciado pelo positivismo de Augusto Comte, Duguit negava a existência de direitos subjetivos e propunha a solidariedade social como fundamento das regras que unem os homens no convívio social. Enfim, tudo ficava reduzido ao plano do direito objetivo, conexo à obrigação social de cumprir certa missão.

Como já dito, o direito civil passou a ser pensado sob outro paradigma, com a superação da dicotomia - direito público e direito privado -, a tal ponto que a regulação do Estado sobre as relações sociais e econômicas, como afirma Jelinek (2006, p. 7),

passou a ter tal importância que foi elevada à dignidade constitucional (fenômeno chamado de relevância constitucional das relações privadas); daí a constitucionalização de certos institutos fundamentais do direito civil, como a família, a propriedade, o contrato e a atividade econômica, que, antes somente previstos nas codificações, agora passam a ser disciplinados imperativamente pela Constituição.

Duguit, conforme Jelinek (2006, p. 11) e Calvo San José (2000, p. 240),

parte da premissa de que a propriedade é uma instituição jurídica que, como qualquer outra, formou-se para responder a uma necessidade econômica, e estas necessidades, transformando-se em necessidades sociais, transformam a propriedade em função social, considerando a interdependência dos elementos sociais. Assim, a propriedade evolui de acordo com as modificações das necessidades econômicas.

Benjamin (1997 *apud* JELINEK, 2006, p. 22) esclarece que

a função social mais que aceita, requer a promulgação de regras impositivas, que estabeleçam para o proprietário obrigações de agir, na forma de comportamentos ativos na direção do proveito social.

Aliás, já ensinou Perlingieri (1997, p. 224):

a propriedade é, ao revés, uma situação subjetiva complexa. Colocar em evidência as obrigações, os ônus, os vínculos, os limites, etc., é importante na medida em que, se de tal situação tem-se uma concepção unitária, a inadimplência de um deles se reflete sobre toda a situação. Essa inadimplência pode não comportar somente o resarcimento do dano - ao qual é obrigado qualquer sujeito devedor inadimplente -, mas, ao contrário, pode adquirir relevância para fins da própria existência do direito.

E continua:

a ausência de atuação da função social, portanto, faz com que falte a razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade. Que da falta prolongada e injustificada do exercício do direito não resulte a sua perda por prescrição é solução legislativa acreditada há muito tempo, mas gravemente suspeita de inconstitucionalidade - fundada, como é, no artigo que dita a imprescritibilidade da ação de reivindicação (art. 948 Cod. Civ.), duvidoso no fundamento e no significado - e certamente em estridente contraste com a concepção dinâmica (ativística) e social da propriedade (PERLINGIERI, 1997, p. 229).

As necessidades sociais e econômicas deste século requerem essa nova visão do direito da propriedade levantada por Duguit, que supera o caráter individualista e o prisma privatista. Como bem disse Jelinek (2006, p. 21), “na atual ordem jurídico-constitucional,

a função social é parte integrante do conteúdo da propriedade privada", confirmando-se, assim, a anterior afirmação de que a função social não é um limitador ao direito de propriedade, mas faz parte de sua constituição; não somente impõe ao proprietário condutas negativas, mas também impõe condutas positivas, como, por exemplo, obrigações de fazer, como parcelar glebas de sua propriedade, cuidar do imóvel urbano etc.

### **3.2.2 Planejamento e busca por cidades sustentáveis**

As cidades brasileiras, fragmentadas, excludentes, segregadas, ineficientes, caras, poluídas, perigosas, injustas e ilegais, são em grande medida o resultado do fracasso da ordem jurídica liberal, já que a lógica especulativa do mercado vê na propriedade tão somente um valor de troca, uma mercadoria, e não se dá conta das questões sociais e ambientais inerentes que interferem, por sua vez, no próprio mercado. O pensamento liberal não se dá conta da relação dialética inerente nesse processo.

Tão importante quanto aprovar novas leis e criar novos instrumentos urbanísticos é consolidar o paradigma proposto pela Constituição de 1988, de forma a reformar de vez a tradição civilista que está na base da resistência ideológica às políticas urbanas progressistas e desconsidera o papel central da lei e da ilegalidade no processo de desenvolvimento urbano e de gestão urbana.

Há de se enfatizar que a atuação mais concreta no que concerne à função urbanística e ambiental é exercida no âmbito municipal. Com a CF de 1988, o Plano Diretor assume a função de instrumento básico de política urbana do município, que tem por finalidade ordenar o pleno desenvolvimento das funções da cidade e garantir o bem-estar da comunidade local.

Não se pode esquecer do importantíssimo papel dos fatores ambientais nas teses sobre o desenvolvimento das cidades. O modelo de pensamento mecânico é fascinado pela ideia de equilíbrio, que predomina na ciência econômica, deixando-a cega para quaisquer condicionantes de ordem ecológica, cada vez mais sendo questionado nas teorias dos economistas contemporâneos.

A ideia principal é que o desenvolvimento econômico é uma versão do desenvolvimento natural, isto é, um processo, ideia esta também defendida pela brilhante Jacobs (2011). Ela ressalta a importância de se observar o funcionamento das cidades na prática, pois somente dessa maneira se pode saber que princípios de planejamento ou de reurbanização devem ser promovidos. E coloca ênfase na necessidade de se enfrentar a inter-relação entre as cidades com o restante da natureza, pois somente assim podem ser

superados os equívocos que vêm sendo perpetrados pelos planejadores e urbanistas.

Também não se pode esquecer da importância dos princípios constitucionais como verdadeiros vetores interpretativos, pois, como ensina Bastos (1999, p. 134), "é nos princípios que se encontrão as diretrizes valorativas válidas e aplicáveis à interpretação constitucional". São os princípios, portanto, que determinam a regra que deverá ser aplicada pelo intérprete demonstrando o caminho a seguir. Pode-se até falar numa hierarquia interna valorativa dentro das normas constitucionais, ficando os princípios num plano superior, exatamente pelo caráter estrutural que apresentam.

A Constituição de 1988 foi a primeira a tratar deliberadamente sobre as questões urbanísticas, seguindo a formulação moderna dada à preocupação pela existência de cidades sustentáveis. Justificando a ideia de sustentabilidade inerente e evidenciando a vinculação estreita apresentada entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico, Medauar (1998, p. 7) cita como exemplo:

[...] a qualidade do meio ambiente fixada entre os objetivos da política urbana refletida no plano urbanístico, o ordenamento dos espaços urbanos como instrumento da política de meio ambiente, a renovação urbana e suas consequências para o meio ambiente.

O chamado desenvolvimento sustentável constitui um dos maiores desafios do nosso século, visto ser inegável a dificuldade para encontrar um equilíbrio entre o progresso e a preservação do meio ambiente, assim considerado em todos os aspectos. Faz-se necessário encontrar esse ponto de equilíbrio para que proporcione melhor qualidade de vida aos cidadãos e às futuras gerações, também titulares de direitos (garantia constitucional).

Nessa linha de raciocínio, há de se questionar os modelos de desenvolvimento sustentável para as áreas urbanas e alusivos aos instrumentos previstos no ordenamento jurídico no sentido de fazer com que o direito à sadia qualidade de vida nos espaços urbanos seja atendido.

Evidentemente não existe um padrão de desenvolvimento sustentável para todas as cidades; cada cidade deve traçar estratégias rumo à sustentabilidade, a partir da gestão democrática, da participação popular na elaboração do planejamento estratégico. Consoante essa ideia reafirma-se a importância do planejamento para o futuro da cidade. Talvez por essa razão, defendida por Carneiro (1998, p. 119), a "imprescindibilidade do plano diretor para toda e qualquer cidade", muito embora a lei faça distinção entre os mu-

nicípios, exigindo-o apenas para aqueles que possuem mais de 20 mil habitantes.

Certo é que a Constituição (art. 182) e a lei federal fornecem instrumentos eficazes para o desenvolvimento urbano sustentável, que se revela de grande importância para a melhoria da qualidade de vida, conjugando-se o existir humano com a natureza. Evidente que, além da responsabilidade social - colocada no Estatuto da Cidade -, há de se gerenciar o seu desenvolvimento com responsabilidade ambiental, pois melhor qualidade de vida merecem os que vivem na cidade e as futuras gerações, isto é, é transgeracional. Há por certo um direito-dever entre as gerações.

### **3.2.3 Função social da cidade**

O Estatuto da Cidade estabelece "normas de ordem pública e de interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental" (art. 1, § único), e dispõe que "a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno funcionamento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana" (art. 2º).

Conforme visto, a função social é elemento constitutivo da propriedade privada. Como disposto no art. 2º do Estatuto da Cidade, diz Rodrigues (2004, p. 11):

é necessário, para que a cidade cumpra sua função social, que a propriedade individual seja, no mínimo, relativizada, para garantir o acesso a todos os moradores à cidade. Essa relativização é expressa no Estatuto, em especial nos artigos que reconhecem o direito de usucapião urbano e, assim, indicam limites à especulação imobiliária.

Evidentemente, como é sabido, a globalização desencadeada no final do último século acelerou o processo de urbanização, em razão do enfraquecimento das fronteiras nacionais, fazendo com que muitas cidades passassem a ter grande influência, algumas até mesmo influência internacional. As grandes cidades ganharam nova aparência urbanística, nos casos de reurbanização, mas não resolveram seus problemas crônicos. Pelo contrário, como diz Faria (2009, p. 162),

com a mudança do perfil urbano em virtude da globalização, os problemas se agravaram, exigindo assim a adoção de políticas de planejamento, visando um melhor aproveitamento do espaço urbano, levando em conta todos os aspectos ligados a ele, sobretudo o ambiental e o sócio-cultural.

Corroboram tal entendimento as grandes cidades brasileiras devastadas por enchentes, sem esquecer que, em sua grande maioria, não há quaisquer planejamentos.

A cidade se constitui num ecossistema e, assim deve ser vista, pois o desequilíbrio em alguns dos seus subsistemas atingirá outros em escalas imprevisíveis. Como diz Faria (2009, p. 163):

as cidades são as maiores responsáveis pela poluição mundial. São esgotos domésticos de milhões de pessoas despejados nos rios, toneladas de resíduos industriais lançados nos oceanos, uma emissão cada vez maior de gases tóxicos e desestabilizadores da atmosfera entre outras ações que produzem um impacto extremamente negativo sobre o meio ambiente. E os problemas urbanos não param por aí, uma vez que conflitos humanos são mais frequentes que se imagina, desde uma ação violenta, como um assalto, até um movimento social, como o dos sem-teto, passa-se por inúmeras situações provocadas pela existência de grupos humanos diversos em um mesmo plano.

Por isso, a importância de se manter um planejamento e um plano de ação objetivando minimizar os impactos negativos dos processos que atingem a cidade; afinal, ela está inserida na dinâmica global. É preciso recriar as cidades, tendo como ponto de partida o Sistema de Planejamento Estratégico, cujo sucesso na sua implantação exige que a sociedade busque o processo de repensar e planejar os rumos da cidade, opinando e atuando em todos os processos de planejamento e, assim, ficar a par de todos os assuntos, tendo autoridade para cobrar resultados e aplicar as experiências bem-sucedidas em planos posteriores.

É através da sequência de planos realizados com sucesso e com caráter democrático que as cidades podem encontrar um caminho que conduza ao desenvolvimento e progresso sem tirar a sustentabilidade do ambiente nem excluir contingentes populacionais, o que aumenta os níveis de violência e de alienação.

Por isso, salienta Sundfeld (2010, p. 50) que a questão urbanismo *versus* pobreza esteve nas preocupações do legislador, visto que

a impossibilidade de largas camadas da população não terem acesso à propriedade vinha sendo tratada até aqui como um problema meramente econômico e sem solução urbanística, como se o urbanismo só se fizesse na abundância. E em razão disso o mesmo urbanismo elitista que ignorava a pobreza era ignorado por ela. Esse urbanismo, que poderíamos denominar urbanismo de exclusão, e ainda hoje vigente, leva o solo urbano a ser objeto de ações clandestinas.

Quando as intervenções urbanísticas forem planejadas de forma dissociada da questão social e econômica não se terá aquele resultado de reurbanificação, na definição de Silva (2010, p. 26); é necessário que o urbanismo insira nos espaços urbanos os excluídos do direito à cidade. O urbanismo no Brasil travestiu-se de pura técnica de controle dos efeitos da "disfunção" urbana e não fez política urbana. A reurbanificação é uma atividade de inclusão social, e não de exclusão dos cidadãos daquele lócus que se interveio.

O desejo da sociedade expresso na Constituição e no Estatuto da Cidade é a construção de uma nova cidade que realize as suas funções sociais de fornecer às pessoas moradia, trabalho, saúde, educação, cultura, lazer, transporte, saneamento ambiental, serviços públicos em geral, enfim, toda a infraestrutura urbana. Como expresso no Estatuto da Cidade, a política urbana tem a missão de viabilizar o pleno desenvolvimento das funções sociais do todo (a cidade) e das partes (cada propriedade em particular).

Como diz Galil ([s.d.]),

Isso só será possível através da ordenação, cujo objetivo é precisamente corrigir um crescimento urbano distorcido, desordenado. A política urbana visa buscar, através dessa ordem, o pleno desenvolvimento de todas as funções sociais da cidade, da propriedade e da posse, concretizando-se de múltiplas formas observadas as características e particularidades locais. "Essa nova ordem urbanística é um conceito caro ao Estatuto da Cidade e revela que o direito urbanístico está claramente vinculado a uma visão totalizante de mundo em oposição ao individualismo que até a pouco vinha inspirando direito civil".

À medida que a pessoa humana seja a prioridade da política urbanística, assegurando-se aos seus moradores condições necessárias para o viver feliz, na expressão eudaimônica de Aristóteles, a cidade estará cumprindo a sua função social. O direito às cidades sustentáveis, forma dita por muitos estudiosos do urbanismo e do Direito Urbanístico, compreende atender aos cidadãos dignas condições de vida, do pleno exercício da cidadania.

Como diz Rodrigues (2004, p. 12),

a cidade é compreendida como produto coletivo e não apenas decorrente dos agentes tipicamente capitalistas. Torna explícito que a população urbana não é a causa dos problemas e que estes devem ser analisados na complexidade da produção das e nas cidades. O Estatuto inova ao reconhecer a cidade real, a necessidade de legitimar, legalizar as áreas ocupadas por moradias. Estabelece novos critérios para parcelamento do solo, inclui a obrigatoriedade de participação da sociedade

civil na elaboração do Plano Diretor Municipal, tido como propulsor de gestão coletiva. Considera o Município como unidade de planejamento do seu espaço territorial.

Com a mudança de paradigmas, como anteriormente colocado, de acordo com Lefebvre (1969, p. 102), o novo paradigma da função social da propriedade, da cidade e de gestão coletiva é ainda uma virtualidade a ser atingida:

a teoria que se poderia chamar legitimamente de "urbanismo", que se reuniria às significações da velha prática chamada "habitar" (isto é, humano), que acrescentaria a esses fatos parciais uma teoria geral dos tempos-espacos urbanos, que indicaria uma nova prática decorrente dessa elaboração, este urbanismo só existe virtualmente.

Aliás, tal entendimento está hodiernamente plasmado no art. 1.228, § 1º do Código Civil Brasileiro, que proclama:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Desta forma, conforme Marcos Miranda ([s.d.]),

não resta dúvida que o Estatuto da Cidade, ao estabelecer normas que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo e prever instrumentos destinados ao alcance de tal objetivo, em consonância com os mandamentos constitucionais referenciados, delineou regras que importam em legítimas limitações ao direito de propriedade urbana, seja pública ou particular, a fim de que a mesma cumpra sua função social.<sup>4</sup>

Somente a instauração inequívoca desse novo marco conceitual do Direito Urbanístico materializará os novos direitos coletivos fundamentais criados pela Constituição de 1988, qual seja, o direito

<sup>4</sup> Nesse sentido, o autor corrobora a jurisprudência: o inciso XXIII do artigo 5º e artigo 170 da Constituição Federal estabelecem que a propriedade atenderá a sua função social. Por isso que se diz que a propriedade é um direito individual, mas um interesse individual condicionado ao bem-estar social. A lei nacional nº 10.257/01, denominada de "Estatuto da Cidade", revela o fim social da propriedade urbana em seu parágrafo único do artigo 1º (TJMS – AC-Proc. Especial 2002.004676-0/0000-00 – 3ª T.Cív. – Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – J. 17.12.2002).

de todos os cidadãos a terem o desenvolvimento de suas cidades planejado de acordo não só com os interesses individuais dos proprietários imobiliários ou do mercado imobiliário, mas sobretudo de acordo com os interesses sociais da comunidade e da cidade como um todo.

### 3.2.4 Política e gestão urbanas

Evidentemente o Direito Urbanístico opera no contexto das práticas concretas de gestão urbana. Com o Estatuto da Cidade, consolidou-se, no Brasil, um novo paradigma não só para o planejamento urbano, mas também na forma de regulamentar os novos instrumentos jurídicos de políticas urbanísticas, que se denomina gestão urbana; e esta interfere diretamente nas principais funções sociais da cidade.

As quatro principais funções da cidade são a habitação, o trabalho, a circulação e o lazer. Silva (2010, p. 75) já proclamou que

a propriedade urbana é formada e condicionada pelo Direito Urbanístico a fim de cumprir sua função social específica: realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar habitação (moradia), condições adequadas de trabalho, recreação e circulação humana; realizar em suma as funções sociais da cidade (CF, art. 182).

Óbvio está que quaisquer intervenções urbanísticas, sejam estas aplicadas pelo poder público ou privado, desencadeiam uma infinidade de consequências. A urbanização acelerada neste século provoca escassez: falta de emprego, inexistência de habitação digna a toda população, saneamento básico de qualidade, excesso populacional e degradação ambiental. E as intervenções urbanísticas devem desencadear efeitos no sentido contrário da urbanização desenfreada. É a preocupação com essas situações que fez nascer a atividade urbanística. Tal atividade resulta para o poder público a obrigação de ordenar os espaços habitáveis levando-se em conta os princípios do urbanismo, que foram gestados na Carta de Atenas em 1933. O item 77 da Carta de Atenas prescreve:

primeiro, assegurar aos homens alojamento saudável, isto é, lugares em que o espaço, o ar puro e o sol, estas três condições da natureza, estejam, amplamente garantidas;

segundo, organizar os lugares de trabalho de modo que estes, em vez de ser uma penosa sujeição, recuperem seu caráter de atividade humana natural;

terceiro, prever as instalações necessárias para uma boa utilização das horas livres, fazendo-as benéficas e fecundas;

quarto, estabelecer o vínculo entre as diversas organizações por meio de uma rede circulatória que garanta os intercâmbios sem deixar de respeitar as prerrogativas de cada uma delas (CONGRÈS INTERNACIONAL D'ARCHITECTURE MODERNE, 1933).

Nygaard (2005, p. 75) afirma que foi "a partir das críticas às grandes cidades (desordem, caos, insegurança, falta de humanidade), elaboradas no início da década de 20 e ratificadas mais tarde na Carta de Atenas, que Le Corbusier afirmou: '[...] a casa, a rua, a cidade são pontos de aplicação do trabalho humano; devem estar em ordem [...] em desordem, elas se opõem a nós, nos entravam, como nos entravava a natureza ambiente que combatíamos'".

Ao "clarear" a confusão supostamente existente nas cidades tradicionais, Le Corbusier (*apud* NYGAARD, p. 77) justapôs as funções urbanas no espaço e a cada uma arquitetou uma individualidade, pois acreditava nos instrumentos de planejamento para a realização das políticas urbanas. Dizia que seria necessário esclarecer as autoridades, convencendo-as da prioridade do planejamento urbano sobre a ação política.

Estas quatro funções sociais da cidade - habitação, trabalho, circulação e recreação - buscam atender aos princípios da Carta de Atenas, que foram recepcionados por nossa Carta Magna quando esta tratou da política urbana. O artigo 182 da Constituição Federal não elenca tais funções com clareza, mas determina que a política urbana deve garantir o bem-estar de seus habitantes, isto é, de todos que vivem no território do município.

Evidentemente, para se atender as funções sociais da cidade, ao poder público municipal é facultado,

mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até 10 (dez) anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais (§ 4º do art. 182 da Constituição).

Na verdade, como nos esclarece Silva (2010, p. 75), a "propriedade urbana pode ser desapropriada como qualquer outro bem privado". Contudo, para a propriedade urbana são previstos dois tipos: a desapropriação ordinária (artigos 5º, XXIV, e 182, § 3º da Constituição

Federal) e a desapropriação-sanção, que é "aquela destinada a punir o não-cumprimento de imposições constitucionais urbanísticas pelo proprietário de imóveis urbanos" (SILVA, 2010, p. 76).

Evidentemente a primeira preocupação dos municípios é com a moradia, uma preocupação que consta como direito social na Constituição Federal e encontra respaldo e instrumentos para a sua consecução, na medida em que há previsão constitucional para o usucapião urbano e rural. Mas, além de morar, é necessário circular, e este direito é garantido ao cidadão através do deslocamento pelas vias públicas, da chamada rede viária, como pedestre ou com veículo próprio ou público.

Da mesma forma, o direito de circular também abrange o acesso aos bens públicos de uso comum do povo. Não se pode permitir a colocação de cancelas e guaritas com vigilantes porque isso agride o direito da coletividade de desfrutar de bens de domínio público, bem como é ilegal a colocação de portões na rua de um bairro por associação de moradores.

No que diz respeito ao trabalho, tal função está ligada à criação de condições reais e efetivas que viabilizem um ambiente laboral saudável, em todos os aspectos, inclusive e especialmente nos aspectos ambientais. Não se pode permitir, por exemplo, a instalação de indústrias em áreas residenciais e sem a devida autorização municipal, concretizada pelo alvará para o seu funcionamento.

A cidade também deve possuir áreas destinadas ao lazer e à recreação, tais como praças e parques, bibliotecas, centros culturais, arenas e espaços musicais, sem qualquer caráter de discriminação ou exclusão.

Como diz Pires (2007, p. 99),

o bem-estar será alcançado quando as funções da cidade antes elencadas forem cumpridas. Assim o princípio da dignidade humana e a promoção da redução das desigualdades serão consequências, também, da funcionalização da propriedade. Quanto à previsão constitucional da função social da propriedade urbana, o § 2º do artigo 182 estabelece: "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor".

Em curtas palavras, é preciso cumprir as diretrizes do Plano Diretor. A função social da propriedade urbana está explicitada e delimitada no Plano Diretor. Para que tenhamos cidades com desenvolvimento sustentável - um direito fundamental à qualidade de vida -, é extremamente importante o monitoramento do ecossistema urbano, que abrange as suas quatro funções -

que nenhuma delas se prejudique em prol de outras -, a partir de uma gestão democrática dessas funções através da participação popular.

É apropriada a lição de Canepa (2007, p. 188):

para que haja um governo eficiente, é necessário, antes de tudo, um bom planejamento, pautado em instrumentos que permitam solucionar os conflitos dos espaços urbanos face às necessidades concretas da população, vista não só como um todo mas também como cada indivíduo à procura de seu espaço, no qual habita, trabalha, se locomove e se distrai, com o objetivo que todos nós, ao fim e ao cabo temos: o de alcançar a felicidade. Pois cidade, como aprendemos de Aristóteles, é a que tem por finalidade o bem soberano, assim é somente nela, na polis, que o homem pode alcançar a vida perfeita e a felicidade.

O desenvolvimento urbano sustentável, segundo Assis (2000, p. 13 *apud* MORENO, 2002, p. 83),

é a saída para a melhoria da qualidade de vida dos países periféricos e subdesenvolvidos e, em última instância, a única possibilidade de sobrevivência para a própria humanidade. É preciso, pois, repensar o modelo para um desenvolvimento a baixo perfil de energia e recursos naturais, que satisfaça, simultaneamente, os critérios de viabilidade econômica, utilidade social e harmonia com o meio ambiente.

Por certo que a boa gestão da cidade também não prescinde do respeito ao meio ambiente; ao contrário, o futuro da cidade, seja qual for ele, conterá como componente imprescindível a atenção ao futuro das próximas gerações.

## 4 Instrumentos jurídicos de política urbana

### 4.1 Do Plano Diretor da cidade

O município já editava normas urbanísticas mesmo antes da atual Constituição Federal, pois a maioria delas sempre foi considerada de interesse municipal. Todo município dispunha de um Código de Obras, de um Código de Posturas e, em alguns casos, até de um Plano Diretor Urbano, mesmo que este último só tenha passado a ser obrigatório a partir da atual Constituição de 1988 e, ainda assim, somente para as cidades com mais de 20 mil habitantes.

Contudo, é com a Constituição Federal de 1988 que a responsabilidade do município pela questão urbana é definida e

objetivada; e, com o Estatuto da Cidade, de 2001, a obrigação constitucional do município é disciplinada e regulamentada.

Uma síntese do Estatuto da Cidade pode ser feita a partir das considerações de Mukai (2002, p. 203), que afirma:

Os pontos mais relevantes da Lei, a nosso ver, são a efetiva concretização do Plano Diretor nos Municípios, tornando eficaz a obrigatoriedade constitucional de sua existência em cidades com mais de vinte mil habitantes; a fixação das diretrizes gerais previstas no art. 182, da C.F., para que o Município possa executar sua Política de Desenvolvimento Urbano; a criação de novos institutos jurídicos, ao lado da regulamentação do § 4º, do art. 182, da C.F., (parcelamento e edificações compulsórios, IPTU progressivo no tempo e a desapropriação com pagamento de títulos); a fixação de sanções para o Prefeito e agentes públicos que não tomarem providências de sua alçada, inclusive, para o Prefeito, a sanção de improbidade administrativa; a implantação de gestão democrática e participativa, da cidade, e, finalmente, as alterações na Lei de Ação Civil Pública para possibilitar que o Judiciário torne concretas as obrigações de ordem urbanística, determinadas pela Lei, inclusive em relação à elaboração e aprovação do Plano Diretor.

O Estatuto define critérios para Planos Diretores obrigatórios para os municípios com população urbana superior a 20 mil habitantes, para os integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, para os localizados em áreas de especial interesse turístico, para os que forem atingidos por impacto ambiental de âmbito regional e nacional relacionado à implantação de empreendimentos e atividades econômicas, públicos e/ou privados, independentemente da dimensão da população.

O Estatuto reafirma a propriedade privada, contudo impõe alguns limites à sua especulação, induz o reconhecimento da cidade como produção coletiva, cria novos instrumentos jurídicos e participativos que permitem ao poder público tomar providências para que as propriedades cumpram sua função social em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos. Entre os instrumentos jurídicos para a realização da política urbana está a preempção, foco do nosso trabalho.

Como bem escreveu Ribeiro (2007, p. 173),

O Estatuto da Cidade dá respaldo constitucional a uma nova maneira de realizar o planejamento urbano. Sua função é garantir o cumprimento da função social da cidade e da propriedade urbana. Isso significa o estabelecimento de normas de ordem pública e interesse social

que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos municípios.

Observa-se que o Plano Diretor é o guia do poder público municipal na condução da política urbana e para o bom desenvolvimento das funções sociais da cidade. Portanto a base para a utilização dos instrumentos instituídos pelo Estatuto da Cidade é o projeto de cidade que se produziu (e se produz) no âmbito do município, projeto que deve estar explicitado no Plano Diretor. Como bem explicado por Castilho (2010, p. 23),

não se faz plano urbanístico no nível do lote, da parcela, mas em referência a todo o complexo urbano. Unindo saber e poder, técnica e política, o planejamento, aqui, significa tanto prefigurar a cidade futura quanto estabelecer os instrumentos para que se caminhe em direção a ela. Eleger metas e adequar meios para alcançá-las, pois. Se planejamento é um processo, a materialização do planejamento urbanístico ocorre no Plano Urbanístico Diretor que é exigido pela Constituição Federal no art. 182 § 1º, o que dá a dimensão da sua relevância.

Assim, a chave para a consecução do Plano Diretor é a existência de planejamento, processo valorizado pelo Estatuto da Cidade. Segundo Silva (2010, p. 87), "planejamento, em geral, é um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos".

Planejamento não é a realização da mera vontade do administrador público a partir de sua técnica; ao contrário, é um processo jurídico imposto pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Cidade. Segundo Silva (2010, p. 88), o planejamento deixou de ser meramente técnico e tornou-se uma instituição jurídica, embora não tenha perdido suas características técnicas.

Na questão urbana, o planejamento adquire sentido jurídico quando se traduz num plano urbanístico, aprovado por lei. Enquanto mero planejamento, não surte efeitos jurídicos nem modifica a realidade urbana existente. Passa a operar efeitos na realidade quando se consubstancia em plano urbano impositivo aos agentes públicos e particulares, a fim de alcançar os objetivos da política urbana, quais sejam o de garantir as condições dignas de vida aos cidadãos da zona urbana e rural e o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

Não se pode esquecer que sendo o Plano Diretor o instrumento básico da política urbana, definido na Constituição (art. 182, § 4º), cabe a ele cumprir os princípios constitucionais da garantia da função social da cidade e da propriedade urbana. Deve contem-

plar os novos valores atribuídos à cidade e à propriedade, de modo a se alcançar o seu principal objetivo, que é o de proporcionar aos municípios condições dignas e saudáveis de vida, minorando os ônus da desigualdade e tornando o espaço urbano sustentável para a atual e as futuras gerações.

Como dito acima, o Plano Diretor, mediante planejamento, deverá ser formulado em consonância com os princípios que o norteiam, que são: 1) princípio da função social da propriedade; 2) princípio da função social da posse, sucedâneo do direito social à moradia (CF - art. 6º); 3) princípio do desenvolvimento sustentável, garantida a sustentabilidade urbana para as atuais e futuras gerações; 4) princípio da função social da cidade; 4) princípio da igualdade e justiça social, uma nova ética urbana; 5) princípio da participação popular; e 6) princípio da dignidade da pessoa humana.

Não restam dúvidas de que a participação da sociedade nos processos de gestão, tanto na formulação quanto na fiscalização, é fundamental para a democratização da cidade. Por exemplo, no art. 2º do Estatuto são definidas as diretrizes orientadoras da política urbana:

Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

II - gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

[...]

XIII - audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

[...]

XVI - isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

No art. 4º, § 3º do Estatuto, "os instrumentos de política urbana que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil". E os instrumentos de participação popular estão garantidos no art. 43 do Estatuto: I - órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal; II - debates, au-

diências e consultas públicas; III - conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal; IV - iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

Concluindo, além do planejamento, elevado à natureza de instituição jurídica, o Estatuto da Cidade assegurou também o envolvimento e a participação da sociedade civil na definição dos rumos da política urbana.

## 4.2 Planejamento estratégico e participação popular

Garantidos estão o planejamento e a participação popular como instituições jurídicas para a formulação da gestão urbana; e o Estatuto da Cidade também estabeleceu os instrumentos jurídicos, observados, por óbvio, os princípios delineadores do Direito Urbanístico e as diretrizes para o desenvolvimento urbano.

Pela leitura do art. 41<sup>5</sup> do Estatuto da Cidade facilmente se constata que o Plano Diretor impõe às cidades que sejam integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; em que o poder público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal; integrantes de áreas de especial interesse turístico; inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

Como instrumentos de planejamento municipal criados e definidos pelo Estatuto da Cidade, estão o Plano Diretor e a gestão orçamentária participativa, entre outros, e como institutos jurídicos e políticos, entre outros, destacamos o direito de preempção, objeto do nosso trabalho. Tanto os instrumentos como os institutos regem-se pela legislação que lhes é própria, observado o disposto no Estatuto.

<sup>5</sup> “Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades:

- I – com mais de vinte mil habitantes;
- II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;
- III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal;
- IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico;
- V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

§ 1º No caso da realização de empreendimentos ou atividades enquadrados no inciso V do *caput*, os recursos técnicos e financeiros para a elaboração do plano diretor estarão inseridos entre as medidas de compensação adotadas.

§ 2º No caso de cidades com mais de quinhentos mil habitantes, deverá ser elaborado um plano de transporte urbano integrado, compatível com o plano diretor ou nele inserido.”

## 5 Da preempção

### 5.1 Da natureza jurídica do direito de preempção

Direito de preempção, também denominado direito de preferência ou direito de prelação - expressões juridicamente sinônimas -, constitui-se, como querem alguns, numa restrição ao poder de dispor que o proprietário tem sobre determinada coisa, seja ela móvel ou imóvel, visto que antes de eventual alienação do bem que lhe pertence deve, primeiro, oferecer em igualdade de condições a terceira pessoa, determinada pela lei ou por cláusula contratual.

De outro lado, como querem outros, é o direito que assiste uma pessoa a ser colocada em primeiro lugar, seja por determinação legal ou por disposição contratual, numa disputa de interesses sobre determinada coisa. Mais do que isso, se lhe assiste a preferência, o alienante deve oferecer-lhe antes o bem - pois o preferente tem prioridade ou primazia -, sob pena de tornar o ato praticado anulável. Não se trata de nenhuma novidade jurídica; como diz Gasparini (2010, p. 192), "os romanos já o conheciam e o denominavam '*pactum prothimiseos*'".

O direito de preempção está presente em praticamente todos os compêndios de Direito Civil das nações. No Direito português também tem o mesmo sentido. O direito de preferência

atribui ao respectivo titular prioridade ou primazia na celebração de determinado negócio jurídico, desde que ele manifeste vontade de realizá-lo nas mesmas condições (tanto por tanto) que foram acordadas entre o sujeito vinculado à preferência e um terceiro (MESQUITA, 1990, p. 189).

Correntemente é conhecido como 'tanteio', que traduz a ideia de aquisição tanto por tanto, e tem aplicação em todo tipo de negócio jurídico; contudo, o termo "direito de preempção" é aplicado para descrever as situações de preferência nas operações de compra e venda.

Ensina Lopes (1996, p. 354) que, no Direito argentino,

o pacto de preferencia está definido nos seguintes termos: *pacto de preferencia, es la estipulación de poder el vendedor recuperar la cosa vendida, entregada al comprador, preferindolo a cualquier otro por el tanto, em caso de querer el comprador venderla.*

Trata-se de uma convenção pela qual o proprietário de uma coisa se obriga, em face de outra pessoa, no caso de vir a aliená-la,

a vendê-la ao preferente, com exclusão de qualquer outra pessoa, estando em igualdade de condições.

O Código Civil atual, no dizer de Lôbo (2003, p. 170), "mantém a abundância de termos utilizados pelo Código anterior, com idêntico significado. Não há qualquer distinção entre preferência, preempção e prelação, para os fins da norma". As diferenças são etimológicas. Prelação tem origem no direito que os filhos tinham de suceder aos pais em cargos e comissões. Preempção se origina da palavra latina *prae-emptor*, que significa primeiro comprador, ou seja, aquele que tinha precedência para a compra. Os termos se confundem com o significado de preferência, entendida "como o direito de ser considerado em primeiro lugar, antes das outras pessoas, como vantagem ou primazia" (LOBO, 2003, p. 170).

O direito de preferência é tratado pelo Código Civil junto aos contratos de compra e venda - melhor estaria na parte geral dos contratos -, o que perpetua o erro do código anterior e de outros códigos estrangeiros, embora tenha advertido o festejado Pontes de Miranda (1972, p. 203):

Mais atilado do que os outros legisladores, o legislador brasileiro colocou na matéria geral dos contratos as regras jurídicas sobre vícios redibitórios, minoração do preço e evicção, em vez de circunscrevê-las à figura da compra-e-venda. Porém esse passo adiante não foi dado a propósito do direito de preferência. Há direitos de preferência que não têm como conteúdo a preempção e direitos de preferência que não derivam de negócios jurídicos com vendedores.

Pontes de Miranda, embora o sentido jurídico seja o mesmo, aplicou o termo direito de preempção nos casos de compra, estudado por ele no tomo XXXIX, enquanto no tomo anterior do seu grandioso Tratado, sobre negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais, dedicou os §§ 4.263 e 4.264 ao direito de preferência, propriamente dito, pois este, segundo ele, pode resultar de negócios jurídicos unilaterais, bilaterais ou plurilaterais.

Continua Pontes de Miranda (1972, p. 161), no § 4.264, sobre o direito de preferência:

O direito de preferência pode resultar de lei, ou de negócio jurídico. Se ex lege, satisfeitos os pressupostos para que ele surja, ou ele entra, automaticamente, no patrimônio da pessoa a favor de quem a lei o criou, ou a lei fez dependente de algum ato da pessoa beneficiada a entrada no patrimônio. É preciso que se não confunda a irradiação do direito de preferência com o seu exercício, isto é, os pressupostos daquela com os pressupostos para esse.

Buscando dar certa distinção aos termos, o autor explica, no § 4.263:

Na espécie da preempção, há o preferente, que compra com preterição dos outros que se oferecem a comprar, ou que poderiam vir a ser oferentes. Não se confunde com o optante, que é titular de direito de opção, nem com o pré-contraente da compra-e-venda, que tem pretensão a comprar. Não se trata de direito formativo gerador, que independa de atitude de disposição por parte do outorgante: seria direito à opção, e não à preferência (MIRANDA, P., 1972, p. 161).

Quer nos parecer que o sentido jurídico é o mesmo, embora Pontes de Miranda utilize termos diversos para cada caso.

O autor entende que o direito de preferência não tem caráter potestativo, pois não gera efeitos pela simples vontade do preferente, ou seja, não se trata de um direito formativo gerador, visto que depende de uma condição para o seu exercício; enquanto o jurista alemão Karl Larenz entende que não se trata de um direito potestativo puro, e sim de um direito potestativo condicionado.

Ao estudar a construção do direito de preferência, Larenz (1997, p. 629) o classifica no grupo dos chamados direitos potestativos, contudo "trata-se de um direito potestativo condicionado; condição do seu exercício é que o obrigado celebre com terceiro um contrato de compra e venda sobre o objecto do direito de preferência". Diz ainda que não existem quaisquer reparos contra a aceitação de um direito potestativo assim condicionado na esfera dos direitos privados.

O próprio Larenz exemplifica que existem aqueles, como Ballerstedt, que inclusive defendem a ideia de um direito potestativo duplamente condicionado, mas sempre na seara do direito privado.

No Direito Público, onde os direitos de preferência são fundados na lei, como diz o próprio Larenz, "o seu exercício se constitui uma relação jurídica que subjaz às regras da compra e venda, sem que para tal se necessite duma colaboração do que está obrigado à venda" (LARENZ, 1997, p. 630).

A verdade é que quem criou o termo potestativo foi Chiovenda, isto quando da formulação do direito de ação, o que independe da aquiescência da outra parte; Pontes de Miranda (1972) o denominava de direito formativo gerador.

Segundo Chiovenda, existe uma grande categoria de direitos subjetivos denominados "direitos potestativos" que comprehende exatamente aqueles poderes que "a lei confere a determinadas

pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre as situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade dessas" (CHIOVENDA, 1998, p. 30).

Essa definição de Chiovenda, a conceituação de direito formativo gerador de Pontes de Miranda (1972), a conceituação de Larenz (1997) quanto ao direito potestativo condicionado e o exercício do direito de preferência no Direito Público são importantes para o estudo da natureza jurídica do direito de preempção no Estatuto da Cidade, que confere preferência ao município na aquisição de imóveis urbanos em uma determinada região, mediante prévio planejamento e gestão urbana.

Resumindo, a principal característica dos direitos potestativos é o estado de sujeição que o seu exercício cria para outra ou outras pessoas, independentemente da vontade dessas últimas, ou mesmo contra sua vontade.

O direito de preempção não fica adstrito aos limites do Código Civil, artigo 513<sup>6</sup>, mesmo porque ali está disposta "ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto". É o tanteio português. Contudo, bem poderia o direito de preferência estar disposto na parte geral dos contratos - como reclamado por Pontes de Miranda (1972), como também poderia ter nos oferecido uma definição mais ampla de sua utilização dentro do ordenamento jurídico. De qualquer modo, o instituto é utilizado dentro do nosso ordenamento de forma mais larga que a definição dada pelo Código Civil, já que leis se encarregam de dar-lhe sua devida utilização, como é o caso do direito de preempção no Estatuto da Cidade, objeto de nosso estudo.

No dizer de Gasparini (2006):

O exercício da primazia por quem a recebe, como prevê o art. 513 do Código Civil, há de ser *tanto por tanto*, ou seja, em absoluta igualdade de preço e condições de pagamento. O Estatuto da Cidade é omissivo a esse respeito, nada dispondo sobre essa condição. A omissão, no entanto, é irrelevante, pois a preferência será, sempre, tanto por tanto, dado que inerente ao regime desse instituto e se isso não bastasse aplicar-se-ia, subsidiariamente, a regra do art. 513 do Código Civil. O fato da preferência ser tanto por tanto não veda eventual contraproposta do titular da preferência, uma vez que estão em jogo apenas direitos disponíveis, de modo

<sup>6</sup> "Art. 513. A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto."

que o negócio pode ser realizado em outras condições de preço e pagamento, obviamente mais favoráveis ao preferido.

Tal possibilidade é salutar ao orçamento público.

## 5.2 Da preempção no Estatuto da Cidade

### 5.2.1 Da compreensão dos artigos 25 a 27 do Estatuto

O instituto do direito de preempção está regulado pelos artigos 25<sup>7</sup> a 27 do Estatuto da Cidade e confere preferência ao município para aquisição de imóvel objeto de alienação onerosa entre particulares, objetivando atender finalidades urbanas específicas. Significa dizer que a preferência decorre de lei motivada. As áreas urbanas abrangidas pelo direito de preempção devem ser definidas por meio de lei municipal, com fulcro no plano diretor aprovado. O prazo de vigência referido do direito, também definido por lei municipal, não poderá ser superior a cinco anos, renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência.

De imediato, já se depara com os dois mais importantes requisitos de gestão urbana: planejamento e participação democrática, como vimos.

E como diz a Lei nº 10.257/2001:

Art. 26. O direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para:

- I - regularização fundiária;
- II - execução de programas e projetos habitacionais de interesse social;
- III - constituição de reserva fundiária;
- IV - ordenamento e direcionamento da expansão urbana;
- V - implantação de equipamentos urbanos e comunitários;
- VI - criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes;
- VII - criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental;
- VIII - proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico;
- [...]

<sup>7</sup> Art. 25. O direito de preempção confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares. § 1º Lei municipal, baseada no plano diretor, delimitará as áreas em que incidirá o direito de preempção e fixará prazo de vigência, não superior a cinco anos, renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência.

§ 2º O direito de preempção fica assegurado durante o prazo de vigência fixado na forma do § 1º, independentemente do número de alienações referentes ao mesmo imóvel.

Parágrafo único. A lei municipal prevista no § 1º do art. 25 desta Lei deverá enquadrar cada área em que incidirá o direito de preempção em uma ou mais das finalidades enumeradas por este artigo.

Sob o ponto de vista do exercício prático do direito de preferência a ser exercido pelo município, o procedimento pode ser assim resumido<sup>8</sup>:

a) o proprietário do bem abrangido pela lei municipal deverá notificar sua intenção de vender o seu imóvel para que o Município, no prazo máximo de trinta dias, manifeste por escrito o seu interesse em comprá-lo;

b) a referida notificação será instruída com a proposta de compra apresentada pelo terceiro interessado na aquisição do imóvel abrangido pela preempção urbanística, na qual deverá constar preço, condições de pagamento e prazo de validade;

c) caso haja intenção do Município em adquirir o referido imóvel, ele publicará o edital de aviso da notificação recebida e da sua intenção de aquisição do imóvel nas mesmas condições da proposta apresentada pelo interessado-comprador;

d) transcorrido o prazo de trinta dias sem manifestação do município, através da publicação do seu edital, o proprietário estará autorizado a concretizar a alienação para terceiros, nas condições da proposta apresentada;

e) finalizada a venda, o proprietário do imóvel inserido na área abrangida pelo direito de preempção apresentará ao municí-

<sup>8</sup> “Art. 27. O proprietário deverá notificar sua intenção de alienar o imóvel, para que o Município, no prazo máximo de trinta dias, manifeste por escrito seu interesse em comprá-lo.

§ 1º À notificação mencionada no *caput* será anexada proposta de compra assinada por terceiro interessado na aquisição do imóvel, da qual constarão preço, condições de pagamento e prazo de validade.

§ 2º O Município fará publicar, em órgão oficial e em pelo menos um jornal local ou regional de grande circulação, edital de aviso da notificação recebida nos termos do *caput* e da intenção de aquisição do imóvel nas condições da proposta apresentada.

§ 3º Transcorrido o prazo mencionado no *caput* sem manifestação, fica o proprietário autorizado a realizar a alienação para terceiros, nas condições da proposta apresentada.

§ 4º Concretizada a venda a terceiro, o proprietário fica obrigado a apresentar ao Município, no prazo de trinta dias, cópia do instrumento público de alienação do imóvel.

§ 5º A alienação processada em condições diversas da proposta apresentada é nula de pleno direito.

§ 6º Ocorrida a hipótese prevista no § 5º o Município poderá adquirir o imóvel pelo valor da base de cálculo do IPTU ou pelo valor indicado na proposta apresentada, se este for inferior àquele.”

pio, no prazo de trinta dias, cópia do instrumento público comprobatório da alienação;

f) segundo a lei, será nula eventual alienação diversa da proposta apresentada pelo proprietário ao município;

g) por outro lado, caso se constate a realização de transação diversa da proposta anteriormente apresentada pelo proprietário, o município poderá adquirir o referido imóvel pelo valor da base de cálculo do imposto territorial urbano ou pelo valor indicado na proposta, se este for inferior àquele.

Uma vez adquirido o imóvel por força do instituto do direito de preempção, o município deverá dar-lhe exatamente a destinação motivadora da sua aquisição, conforme previsto na lei municipal. Destinação diversa implicará ato de improbidade administrativa (art. 52, III do Estatuto da Cidade).

No Estatuto da Cidade, a preempção, antes vinculada ao direito privado, como vimos anteriormente, passou ao âmbito do direito público, vinculando-se, portanto, às diretrizes da política urbana delimitada pelo Plano Diretor. Por óbvio, o seu exercício pressupõe a existência de lei, fundada no Plano Diretor, e a caracterização do único objetivo: atender a função social da propriedade e da cidade, com a destinação indicada.

O instituto da preempção para a aquisição de áreas urbanas pelo poder público não é uma inovação brasileira. Gomes (2009, p. 181) anota que

o Direito francês possui um instituto semelhante, chamado '*droit de préemption urbain*' (direito de preempção urbano), o qual foi instituído por uma lei de 10 de julho de 1985, tendo o seu âmbito ampliado pela lei de Urbanismo e Habitação (2003) e pela lei de prevenção dos riscos tecnológicos e naturais (2003). De acordo com esta legislação, o direito de preferência é um procedimento descentralizado que oferece aos municípios (ou comuns) a faculdade de adquirir bens situados no interior de uma área previamente delimitada. Esta preempção, a exemplo do que se observa em nossa legislação, visa proceder à reorganização urbana, por meio de um instrumento de aquisição que permita a implementação de políticas urbanas e ambientais.

Muitos autores, inclusive juristas renomados, dizem que os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade são mecanismos de restrição ao direito de propriedade porque limitam a liberdade do titular ao pleno domínio. Vistos pela ótica do pensamento de dois séculos anteriores, em que predominava o interesse individual sobre o coletivo, os instrumentos de gestão urbana são restritivos. Contudo, há tempos que o direito de propriedade deixou de ser

entendido à maneira napoleônica; nele há um componente legitimador do direito, sem o qual não há juridicidade, que é o cumprimento da sua função social.

Na definição de Prata (1982) e Perlingieri (1997), evidentemente a propriedade é um direito subjetivo complexo, que é

atribuído pela ordem jurídica a um titular, nada mais natural que essa mesma ordem jurídica estipule determinada conduta a ser seguida, ou fixe um objetivo social que, de um ponto de vista passivo, é cometido pelo proprietário. Pode o ordenamento jurídico determinar comportamento específico ao proprietário, sob pena de deixar ele de ser merecedor da tutela da propriedade (LOUREIRO, 2003, p. 122).

Em outros termos, é um poder-dever do proprietário de vinculá-la a certo objetivo coletivo, é a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído ao seu titular.

Como dizem Farias e Rosenvald (2008, p. 178), embora o Código Civil de 2002, posterior ao Estatuto, tenha seguido a teoria clássica da propriedade, não diferenciando domínio e propriedade - termos distintos -, "em uma ordem axiológica, pautada pela supremacia dos valores da solidariedade e igualdade, qualquer leitura da lei civil será guiada pela interpretação conforme a Constituição Federal".

Aliás, continuam os citados manualistas, "somente poderemos cogitar do princípio da função social da propriedade se entendermos a propriedade como uma relação jurídica, ao contrário do conceito clássico oriundo da escola positivista que a tratava como domínio e poder sobre as coisas" (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 178).

Pela leitura dos artigos 25 a 27 do Estatuto da Cidade, facilmente se constata que o uso do direito de preempção pelos municípios decorre de lei específica e se submete aos princípios do Direito Urbanístico. Isto é, deve estar autorizada por instituto jurídico do planejamento estratégico, com a participação democrática dos cidadãos, objetivando atender uma ou mais finalidades urbanísticas às quais é vinculada, com o fim precípua de atender à função social da propriedade e às funções sociais da cidade. Evidentemente, como se vê, é uma tarefa árdua: contemporizar o interesse particular do titular do direito de propriedade com o interesse social de ordenação da cidade.

Concluindo, nas palavras de Gasparini (2010, p. 197),

pode-se afirmar que o direito de preferência tem tríplice fundamento: um principiológico, um legal geral e um legal específico. O fundamento principiológico do direito de preferência é a função social da propriedade. Tal

princípio, previsto no art. 170, III, da Constituição Federal, pode ser indicado como seu fundamento constitucional. De outro lado, seu fundamento legal geral é o art. 513 do Código Civil enquanto seu fundamento legal específico é o art. 25 do Estatuto da Cidade, que atribui ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano, objeto de alienação onerosa entre particulares, quando situado em área delimitada por lei municipal baseada no Plano Diretor e sujeita ao regime da preempção.

Portanto, a preempção em favor do poder público municipal, ao tempo em que se fundamenta nas ideias de função social da propriedade e da cidade, bem como na supremacia do interesse coletivo, sempre requererá previsão legal para o seu exercício. Por isso, afirma Gasparini (2010, p. 196), "pelo direito de preempção é imposta ao proprietário de imóvel urbano situado em área delimitada por lei municipal baseada no plano diretor uma abstenção: não alienar onerosamente esse imóvel a particulares antes de oferecê-lo ao Município".

Concluindo, através de lei municipal, baseada no Plano Diretor, pode o município criar prelação em seu favor nas alienações entre particulares para a aquisição de imóveis urbanos com a finalidade de atender as diretrizes do Estatuto da Cidade, delimitando a área atingida e vinculando o referido imóvel às finalidades sociais a serem atingidas.

### **5.2.2 Do objeto e alcance da preempção na política urbana**

O direito de preempção, com fulcro no Estatuto da Cidade, somente recai sobre a propriedade urbana; contudo a novidade é que a preferência do município incidirá sobre o imóvel que se encontre em um espaço delimitado por lei municipal, baseada no Plano Diretor (art. 25, § 1º do Estatuto da Cidade), e esteja submetido ao regime de preferência com o objetivo de atender a uma finalidade precípua para o social ordenamento da cidade. Como nos ensina Gasparini (2010, p. 199), "mas não basta isso, pois esse diploma legal exige que a propriedade assim qualificada seja objeto de alienação onerosa entre particulares".

Portanto, o direito de preempção não recai sobre um único e determinado imóvel. Recai sobre uma determinada região urbana que necessite de amparo estatal para o seu ordenamento, motivo pelo qual é instrumento de política urbana, e não apenas uma forma de aquisição de imóveis para o atendimento estatal, o que o diferencia da desapropriação e de outros institutos.

O direito de preempção tem uma importância fundamental no bojo da Administração Pública eis que exige a realização de planejamento para a sua realização. Além de que, como nos afirma Gomes (2009, p. 183), "poderá ser muito útil para as realizações de ações urbanas de longo prazo, evitando a utilização da desapropriação, que é, sem sombra de dúvida, mais conflitante com o cidadão proprietário por diversos aspectos". Evidentemente a desapropriação é precedida de decreto de utilidade pública, contudo surpreende o proprietário e o inviabiliza em seu negócio, impedindo-o de até realizar mudanças no imóvel objeto da desapropriação. Na desapropriação, a aquisição do bem é compulsória e o proprietário não terá outra opção a não ser lutar pelo recebimento do valor justo pelo bem.

No caso da preempção, a operação é extremamente transparente. Com antecedência, o proprietário tem conhecimento do possível interesse social do poder público pelo seu imóvel, e somente o alienará ao município caso se dispuser a alienar a terceiros. Preempção e desapropriação são meios de aquisição de imóveis pelo poder público totalmente diversos, cada qual servindo para um fim específico.

Na desapropriação, a vontade do proprietário pouco importa, trata-se de uma aquisição compulsória; enquanto na preempção a aquisição do bem dependerá de ato do proprietário que, ao se dispor a alienar onerosamente seu bem para um terceiro, deverá conceder a preferência ao município caso o imóvel esteja em área sujeita à preempção, por ter sido eleita para alguma intervenção urbanística nos moldes do Plano Diretor ou lei municipal específica.

A lei municipal, ao regular o direito de preempção, deve indicar, para cada área em que incidirá a prelação, qual ou quais das finalidades indicadas no art. 26 do Estatuto da Cidade caberá ao município atender. O Estatuto fixa que tão importante e exigível quanto a delimitação da área a ser objeto do instituto da preempção é a indicação de pelo menos uma das seguintes finalidades: regularização fundiária; execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; constituição de reserva fundiária; ordenamento e direcionamento da expansão urbana; implantação de equipamentos urbanos e comunitários; criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

Como sabemos, para que o município possa estabelecer na lei municipal qual ou quais finalidades pretende atender com o instituto, faz-se necessário o requisito essencial para a política urbana: planejamento.

Canepa (2007, p. 208) afirma que "quando se fala em planejamento municipal, e mais especificamente em planejamento urbano, supõe-se a capacidade de formular objetivos possíveis e organizar e mobilizar recursos (materiais e humanos) para a sua consecução". Há de se ter uma visão de futuro, isto é, totalmente prospectiva. Como aponta Grau (2001, p. 357-358), o planejamento é uma "forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos". Diz ainda que o planejamento "é função: poder-dever do poder público". O planejamento, assim, tem *status* de regra jurídica, e o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana é o Plano Diretor, que autorizará a utilização do instituto da preempção.

Como já dito por Gasparini (2010, p. 208):

A instituição do direito de preferência somente será legítima se forem observados os seguintes requisitos: I - existir Plano Diretor; II - instituição e disciplina substancial da prelação consignadas no Plano Diretor; III - lei municipal baseada no Plano Diretor delimitando a área de incidência da preempção; IV - indicação em lei municipal das finalidades arroladas no art. 26 para a área de incidência da preferência; V - incidir sobre propriedade imobiliária urbana situada em área delimitada por lei municipal para o exercício da prelação; VI - ser propriedade urbana objeto de alienação onerosa entre particulares. Todos esses requisitos merecem alguma consideração. O Plano Diretor é instrumento fundamental na execução e desenvolvimento da política urbana. Ademais é exigência incontornável na imposição do regime de prelação (art. 42, II, do EC), pois a ele cabe sua instituição e o estabelecimento de suas diretrizes. Destarte, a instituição e a disciplina substancial do direito de preferência são exigências que devem anteceder a lei municipal de delimitação da área, onde o regime de preferência em favor do Município deverá ser exercido. Essa indicação só por lei pode ser alterada.

Como dito, o planejamento urbanístico é imprescindível e deve estar adstrito aos princípios da legalidade e da igualdade, o que é dispensável salientar. É óbvio que as normas urbanísticas não podem beneficiar grupos ou interesses particulares; devem, sim, estar direcionadas para o atendimento do bem comum e condicionadas ao tratamento igualitário. Assim, ao estudar a cidade para efetuar sua urbanização ou reurbanização, o seu planejamento constitui um dos pontos mais importantes na busca da melhor qualidade de vida no espaço urbano, com reflexos diretos no modo de ser, viver e pensar de seus cidadãos.

Como escreve Pires (2007, p. 137), "o plano é a consequência de um planejamento que possui um caráter multidisciplinar, de-

vendo envolver vários setores e profissionais técnicos". De acordo com Demétrius Souza (2010, p. 59), "os temas cidade, bem-estar, qualidade de vida, meio ambiente e planejamento encontram-se umbilicalmente associados".

Como já dissemos, para que se possa implementar o instituto da preempção, objetivando o desenvolvimento urbano, são necessários planejamento e participação popular, que são instrumentos jurídicos para a gestão pública da cidade. Acima destacamos que o planejamento possui caráter multidisciplinar e deve ser efetivado pela sociedade social em seus mais diversos segmentos. Há várias modalidades de planejamento urbano: uns dão relevância ao aspecto estético da cidade, com mais traçados e estilos; outros destacam a importância do aspecto sociológico; outros ainda preferem a interdisciplinaridade e valorizam a participação popular. Nenhum planejamento está imune às correntes ideológicas inerentes aos processos e o grau de valoração da participação popular delas depende.

Veja-se que se pode ter a participação popular através da mera informação, da consulta, da cooptação, da parceria, da delegação de poder e da autogestão. Somente a parceria, a delegação de poder e a autogestão, segundo Marcelo Souza (2010, p. 205), "correspondem a marcos político-institucionais em que se pode, efetivamente, ter a esperança de que as soluções de planejamento e gestão possam ser encontradas de modo fortemente democrático".

Os gestores públicos sempre reclamam do desinteresse dos cidadãos em participarem ativamente das audiências públicas e das consultas e argumentam a incapacidade técnica da população para participar ativamente das decisões sobre os assuntos da cidade. Independentemente da capacidade técnica das pessoas, o que importa é que estas "sejam correta e honestamente informadas a respeito de alternativas, custo etc., de modo que possam decidir a respeito dos fins, dos objetivos" (SOUZA, M., 2010, p. 330). Com informações honestas, a população participará das decisões do gestor público de diversas formas, sejam elas consultivas ou até deliberativas, sejam sobre o orçamento público - instrumento de gestão urbana - ou nos conselhos de desenvolvimento urbano.

É do planejamento e da participação popular que nasce o uso do instituto da preempção. Com o planejamento para a solução de uma questão de desenvolvimento urbano, o município pode se valer da preempção para aquele determinado fim no prazo fixado pela lei.

Portanto, está claro que o instituto da prelação objetiva o imóvel para fins de intervenções urbanas específicas eleitas pelo muni-

cípio. Dito isso, ao proprietário, ao resolver alienar o bem, impõe-se a obrigação de oferecer o bem ao poder público. Tanto está obrigado que, em não fazendo, cabe em favor do município perdas e danos, por força do art. 518 do Código Civil combinado com o art. 4º, § 1º, do Estatuto da Cidade. Já ao município é facultado exercer o direito de preferência, uma decisão de vontade unilateral, ainda que receba a notificação do proprietário no prazo legal. Evidentemente lhe cabe avaliar a conveniência e a oportunidade da aquisição do referido imóvel. Vários motivos interferem nessa decisão, como, por exemplo, o estágio da urbanização e da política urbana ou mesmo o preço da alienação entre os particulares, pois a preferência se realiza tanto por tanto.

Há de se ressalvar que, não havendo interesse imediato pelo município após ser notificado, o terceiro comprador não se desvincula do instituto da preempção enquanto esta vigorar. Terá também a mesma obrigação de oferecer o imóvel ao município caso pretenda aliená-lo. Há limites para a especulação imobiliária.

O Estatuto da Cidade prescreve:

Art. 25. O direito de preempção confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano no objeto de alienação onerosa entre particulares.

§ 1º Lei municipal, baseada no plano diretor, delimitará as áreas em que incidirá o direito de preempção e fixará prazo de vigência, não superior a cinco anos, renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência.

A vigência da preempção em uma determinada área é fixada por, no máximo, cinco anos. Entendeu o legislador pela conveniência de limitar a duração da restrição sobre uma mesma porção do território e - consequentemente - sobre os imóveis ali localizados. O Código Civil Brasileiro não prevê limitação de prazo para a vigência da preferência nas demais situações. Por outro lado, como diz Gasparini (2010, p. 209):

Ainda nos termos desse parágrafo, o prazo fixado pode ser renovado ou repetido por lei municipal, desde que entre o término de um e o início de outro medie, no mínimo, um período de carência de um ano. Tais prazos podem ser diferentes, conforme o estágio em que se encontra a reforma urbana: o primeiro pode ser de cinco e o segundo, por exemplo, pode ser de três anos. Nada impede que sejam iguais.

Para que o proprietário não seja submetido ao dissabor de uma eterna prelação pelo município, a reincidência sobre uma mesma área somente é admitida após o transcurso de tempo míni-

mo de um ano. Conforme Gasparini (2010, p. 210), "o prazo de carência, também chamado intersticial, não pode ser menor, mas, indiuidosamente, pode ser maior, prestigiando-se, desse modo, a propriedade particular".

Por óbvio, durante o período de carência ou caso não seja renovada a preempção, o proprietário pode alienar sua propriedade como lhe aprouver, inclusive onerosamente e a particular, sem qualquer obrigação de oferecê-la antes ao município.

### 5.2.3 Da onerosidade e do valor da alienação

Nos termos da lei, o atributo da onerosidade da alienação entre terceiros deve estar presente para que o município possa exercer a prelação na aquisição. O que é oneroso opõe-se ao que é gratuito. Contudo, pela leitura do Estatuto da Cidade, nos é revelado que nem toda alienação onerosa permitirá a preempção.

O Estatuto faz menção à apresentação de preço e condições de pagamento, conjunção típica da compra e venda e da promessa de compra e venda irretratável, realizada nos termos do novo Código Civil (artigos 1.417 e 1.418). Por uma interpretação literal da norma jurídica, a permuta, apesar de se constituir numa transferência onerosa, está excluída do alcance da prelação pelo município.

O município, ao ser notificado do preço, das condições de pagamento e do prazo de validade da proposta feita por terceiros para aquisição de imóvel objeto do instituto da preempção, poderá ofertar valor inferior ao proprietário, que poderá aceitá-lo ou recusá-lo; contudo não poderá recusar oferta tanto por tanto. Caso o município se disponha a pagar apenas preço menor, não terá a preferência. A alienação ao terceiro interessado terá de ser por preço não inferior ao da proposta feita pelo município, sob pena de nulidade.

Há de se dizer que a alienação em condições diversas da proposta apresentada não é nula de pleno direito; ela é anulável, pois pode muito bem o proprietário vender o imóvel por valor superior ao da proposta constante da notificação apresentada ao município. Nesse sentido, se torna muito discutível o § 6º do artigo 27 do Estatuto da Cidade. Não se está a afirmar que a lei autoriza a alienação por valor superior ao da proposta apresentada ao município; isso seria dar margem à simulação e à fraude. Ademais, o proprietário fica vinculado à alienação ao município, pelo direito à prelação que lhe assiste, nos termos da proposta que lhe foi comunicada.

Contudo, caso o município não se manifeste pela prelação ou dela desista, poderá o proprietário alienar o imóvel àquele mesmo

terceiro comprador por valor superior ao ofertado. O que não pode é alienar o bem ao mesmo comprador por valor inferior. Aí sim a venda é inválida. O município não tem o direito de impor o preço e as condições de pagamento e prazo, cabe-lhe apenas exercer o seu direito de preempção nas mesmas condições da proposta do terceiro particular comprador. Poderá ofertar valor inferior e deverá se submeter à vontade das partes contratantes, que eventualmente poderão concordar com a consecução da finalidade social e bem comum; contudo não poderá exigir-lhes tamanha generosidade.

Diz o Estatuto, art. 27, § 6º, que no caso de se verificar o desrespeito às normas concernentes à alienação por preço inferior ou superior ao da proposta, o município poderá adquirir o bem pelo valor da base de cálculo do IPTU ou pelo valor da proposta, optando pelo menor, em qualquer caso, após, é claro, a referida alienação ter sido declarada nula pela autoridade competente, que é o Poder Judiciário.

Custódio (2002, p. 1560-1561) considera inconstitucional tal previsão sob o seguinte argumento:

o direito de preempção, na forma radical dos dispositivos legais em exame, além de condicionar o direito da propriedade imóvel mediante preferência de alienação ao Município, por meio de mecanismos estranhos à regra constitucional da 'justa e prévia indenização' e por imposições onerosas ao proprietário, com prazos determinados e riscos previsíveis de medidas arbitrárias, notadamente em decorrência de perseguições políticas, de aplicação imprudentemente generalizada a todos os Municípios, com peculiaridades diversificadas, mormente em certas regiões do País, se resume em mais um instituto político flagrantemente violador do direito da propriedade imóvel, com recrudescentes conflitos judiciais e extrajudiciais, comprometimento e irrealização da própria Lei da Política Urbana, tudo concorrendo para o desequilíbrio sócio-ambiental das cidades brasileiras, para a insegurança, a intranqüilidade e o mal-estar de sua população presente e futura.

Realmente é discutível a sanção aplicável ao proprietário que venha a alienar o bem de forma diversa da proposta apresentada ao município. A recusa do poder público pode ser tácita, ao deixar transcorrer o prazo de trinta dias após ser notificado, o que autoriza o proprietário a concretizar a compra e venda. Imaginemos que ultrapassado o prazo, os contratantes concordem, por justas razões, em reajustar o preço. Isso já tornaria a compra e venda totalmente nula? Pode, sim, ser eventualmente anulável, caso o município prove que tenham utilizado mecanismos frau-

dulentos. Caso contrário, a compra e venda é válida, porque o município não exerceu o seu direito de prelação e nem a venda foi realizada por condições inferiores àquela ofertada.

No caso da venda em desacordo com o Estatuto, em que o proprietário não notifique o município com a proposta de compra e venda, dando-lhe a oportunidade de exercer a prelação, haverá de se submeter à sanção recusa em dar atendimento à função social da propriedade, prevista constitucionalmente. Ademais, cabe considerar a imposição da sanção, tendo em vista que, para o município, a preempção é menos custosa que a desapropriação.

A sanção prevista no Estatuto é a aquisição pelo município pelo menor valor entre o valor atribuído ao pagamento de imposto e o valor da proposta apresentada. Cabe, então, ao proprietário para afastar a afetação provar que o imóvel não serve à finalidade estabelecida pela lei que instituiu a preempção ou que o destino que se quer dar é diverso daquele atribuído pela lei. Evidentemente, o processo administrativo está sujeito ao princípio do contraditório.

Não se pode esquecer de que o exercício do direito de preempção deve ser expresso e atender às finalidades urbanísticas em razão das quais foi instituído. Caso contrário, ofendendo o disposto no art. 26 do Estatuto, o gestor público incorrerá em crime de improbidade administrativa. Veja-se o teor do art. 52 do Estatuto:

Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando:

I - (VETADO)

II - deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4º do art. 8º desta Lei;

III - utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei;

IV - aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei;

V - aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1º do art. 33 desta Lei;

VI - impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei;

VII - deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei;

VIII - adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da

proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado.

Como se viu, quando bem utilizado para atender as demandas urbanísticas, o direito de preempção poderá, além de atender diretamente ao bem comum estabelecido, frear a especulação imobiliária, atuar como agente regulador do mercado de terras urbanas e promover uma inclusão social mais abrangente às mesmas, buscando a consecução das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

O planejamento e a participação popular são institutos jurídicos para instrumentalizar a política urbana, em especial na instituição do direito de preempção, que é o direito do poder público de obter a preferência nas alienações de imóveis, em determinada área urbana, para atender determinada finalidade, num prazo de até cinco anos, tempo superior ao mandato do ocupante do Poder Executivo Municipal. É instrumento de política urbana, utilizável segundo os ditames constitucionais e do Estatuto da Cidade, para o bom desenvolvimento urbano. Nas intervenções urbanas, ao se dar a adequada função social à propriedade urbana, não se pode esquecer das funções sociais da cidade em sua totalidade, embora neste século predomine o consumo como atividade primeira das cidades.

Diz Vicentini (2001, p. 12) que o urbanismo atual

sucumbe às leis do mercado imobiliário nas cidades mundiais para o paradigma presente que se refere à organização dos espaços de consumo e não mais de produção.

Foi o que aconteceu com as intervenções urbanas espetaculosas ocorridas em Lisboa, na área para a Expo 98; em Barcelona, com seu plano estratégico, conhecido como Modelo Barcelona; nos estaleiros de Buenos Aires, ou ainda nas *downtowns* recolonizadas em diferentes cidades do mundo, por exemplo, o caso da Nova Luz, na cidade de São Paulo.

## Conclusão

Neste trabalho, demonstrou-se que a grande maioria da população mundial vive nas cidades e, ainda neste século, a população deseja viver aquela vida filosofada na *pólis* de Péricles: uma vida eudaimônica como a descrita por Aristóteles. Assim, todo o Direito Urbanístico, estruturado a partir dos ditames constitucionais, tem como missão pensar e regular a cidade para todos, com planejamento urbano e voltado ao bem-estar das pessoas.

Constatou-se que o Direito Urbanístico fornece os instrumentos legais e normativos necessários ao Poder Público para que este possa - com fulcro nos princípios constitucionais - atuar no meio urbano, ordenando os interesses dos cidadãos.

Nessa perspectiva, foi ressaltada a importância de as cidades serem planejadas, devendo cumprir as suas funções sociais, amoldando-se às diretrizes trazidas pelo texto constitucional. E o município é o responsável por fazer cumprir, através do seu Plano Diretor, a função social da propriedade urbana e as funções sociais da cidade, garantindo aos que nela vivem o direito de acesso à saúde, à moradia, à educação, aos serviços e equipamentos urbanos, ao transporte público, ao saneamento básico, ao trabalho e ao lazer.

O Plano Diretor não é um simples procedimento administrativo. Constitui-se em instrumento da política de desenvolvimento e expansão urbana. É consequência do planejamento e da participação popular, seja para a sua elaboração, revisão ou implementação. E o planejamento urbano municipal democrático levará em conta o bem-estar da população, suas necessidades e aspirações.

Singelamente, então, concluiu-se que o poder público municipal possui importantes ferramentas e instrumentos legais e jurídicos para a solução das dificuldades do desenvolvimento urbano, seja para cumprir as finalidades estabelecidas ou mesmo para frear o mercado imobiliário predador e especulatório; todos vinculados ao Plano Diretor ou legislação específica. Conclui-se, portanto, que não faltam ao município ferramentas e a segurança jurídica para bem realizar a sua missão constitucional, com a autonomia que lhe é conferida para enfrentar os problemas de desigualdade social e territorial das cidades, assegurando a função social da propriedade urbana, a regularização fundiária e a gestão democrática das cidades.

Viu-se que o direito de preempção confere ao poder público municipal importante ferramenta para atender os reclamos sociais quanto à aquisição de imóveis urbanos para o bem-estar social, sem a necessidade de se utilizar medidas drásticas, como é o caso da desapropriação, e respeitado o valor imobiliário. Observadas, por fim, outras vantagens do referido instituto, pode-se dizer que o direito de preempção busca a equidade social no crescimento do município, com planejamento a médio e longo prazo, e possibilita a aquisição, de forma progressiva, de imóveis que sejam necessários ao planejamento da cidade e ao controle da especulação imobiliária.

Dessa forma, é a partir do planejamento e da participação popular que se comprehende o caráter dinâmico das cidades e os conflitos de interesses que permeiam a sua formação e seu cresci-

mento. E o instituto da preempção, objeto de nosso trabalho, constitui-se em importante ferramenta para as intervenções urbanas. Contudo é pouco utilizado no Brasil, embora previsto em todos os Planos Diretores das cidades com mais de 20 mil habitantes. E não se usa porque são essenciais o planejamento e a participação popular. É aí que se emperra a sua utilidade, pois nos municípios brasileiros quase nada se planeja a médio e a longo prazo, infelizmente.

Contudo é necessário romper essa muralha que paralisa a política urbana eficaz segundo as diretrizes constitucionais e reguladas pelo Estatuto da Cidade. Caminhos e instrumentos legais e jurídicos existem e estão à disposição dos gestores públicos. E o instituto da preempção no Estatuto da Cidade é um dos eficazes instrumentos de política urbana; pode e deve ser utilizado por seus gestores.

## Referências

- ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Ivan Lins. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.].
- BASTOS, Celso. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- CALVO SAN JOSÉ, María José. La función social de la propiedad y su proyección en el sistema de compensación urbanística. Salamanca, ES: Ediciones Universidad de Salamanca, 2000.
- CANARIS, Claus - Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e tradução de Antonio Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANEPA, Carla. **Cidades Sustentáveis**: o município como lócus da sustentabilidade. São Paulo: RCS Editora, 2007.
- CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. **Organização da Cidade**: planejamento municipal, plano diretor e urbanificação. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- CARVALHO, Eusébio. Direito à propriedade, do discurso à realidade. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. (Org.). **Leituras Complementares de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. Capítulo XIII.
- CASTILHO, José Roberto Fernandes. **Disciplina Urbanística da Propriedade**: o lote e seu destino. 3. ed. reform. São Paulo: Editora Pillares, 2010.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. Vol. I.
- CONGRÈS INTERNACIONAL D'ARCHITECTURE MODERNE, 4, 1933, Atenas, Grécia, Carta de Atenas. In: PIRES, Lílian Regina Gabriel Moreira. **Função Social da Propriedade Urbana e o plano diretor**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 94-95.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira. Estatuto da Cidade e as incompatibilidades constitucionais, urbanísticas e ambientais. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, v. 12, p. 1.560-1.561, abr. 2002.

- FARIA, Leonardo. Planejamento Estratégico, Estatuto da Cidade e Plano Diretor: métodos e instrumentos de organização e gestão do espaço urbano. **Caminhos de Geografia, Uberlândia**, v. 10, n. 32, p. 162-170, dez. 2009. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/caminhosdegeografia/article/viewFile/10681/6345>>. Acesso em: 15 jun. 2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- FERNANDES, Edésio. Direito Urbanístico: entre a cidade "legal" e a cidade "ilegal". In: FERNANDES, Edésio. (Org.). **Direito Urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. Capítulo I.
- \_\_\_\_\_. Do Código Civil ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil. **URBANA**, Caracas, v. 7, n. 30, jan. 2002. Disponível em: <[http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0798-05232002000100004&lng=pt&nrm=iso](http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-05232002000100004&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 20 jun. 2011.
- GALIL, Aidê Maria Guarnierel. **O Direito Urbanístico no Brasil**: aspectos estratégicos para a elaboração do plano diretor. [s.d.]. Não paginado. Disponível em: <<http://www.ecsbde-fesa.com.br/defesa/fts/DIREITO URBANBR.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2011.
- GASPARINI, Diógenes. Direito de preempção. In: DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio. (Coords.). **Estatuto da Cidade**: comentários à lei nº 10.257/2001. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 192-221.
- \_\_\_\_\_. Direito de Preferência: Instrumento Urbanístico Municipal. Revista **Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre, n. 7, ago./set. 2006. Disponível em:<[http://www.fisco-lex.com.brdoc\\_6221970\\_DIREITO\\_DE\\_PREFERENCIA\\_INSTRUMENTO\\_URBANISTICO2\\_MUNICIPAL.aspx](http://www.fisco-lex.com.brdoc_6221970_DIREITO_DE_PREFERENCIA_INSTRUMENTO_URBANISTICO2_MUNICIPAL.aspx)>. Acesso em: 10 maio 2011.
- GOMES, Wilton Luis da Silva. **Inovações no regime jurídico das desapropriações**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado, USP, 2009) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- JACOBS, Jane. **Morte e Vida das Grandes Cidades**. Tradução: Carlos S. Mendes Rosa; revisão da tradução: Maria Estela Heider Cavalheiro. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, 2<sup>a</sup> tiragem: 2011.
- JELINEK, Rochelle. **O Princípio da Função Social da Propriedade e sua repercussão sobre o sistema do código civil**. Porto Alegre. 2006. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2011.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEFEBVRE, Henry. **O direito à cidade**. São Paulo: Documentos, 1969.
- LÓBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: das várias espécies de contratos. vol. 6 (arts. 481 a 564). São Paulo: Saraiva, 2003.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa, 1808 - 1961. **Curso de Direito**. vol.III: Fones das Obrigações: contratos. 6. ed. rev. e atualizada pelo prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Nobre, 1996.

- LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade como Relação Jurídica Complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia. In: **MARTINS-COSTA**, Judith. (Org.). **A Reconstituição do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MEDAUAR, Odete. Apresentação. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. (Org.). **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. São Paulo: Max Limonad, 1998. P. 7.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MESQUITA, Manuel Henrique. **Obrigações Reais e Ónus Reais**. Coimbra: Almedina, 1990.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. O Estatuto da Cidade e Os Novos Instrumentos Urbanísticos de Proteção ao Patrimônio Cultural. [s.d.]. Não paginado. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/3449>>. Acesso em: 13 jun. 2011.
- MIRANDA, Maria Bernadete. Princípios Constitucionais do Direito Urbanístico. **Revista Virtual Direito Brasil**, São Paulo, v. 3, n. 1, 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav31/aulas/urba.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2011.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. v. 38, v. 39 e v. 40.
- MORENO, Julio. **O futuro das cidades**. São Paulo: SENAC, 2002.
- MUKAI, Toshio. **Direito Urbano-Ambiental Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.
- NYGAARD, Paul Dieter. **Planos Diretores de Cidades**: discutindo sua base doutrinária. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2005.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PIRES, Lílian Regina Gabriel Moreira. **Função Social da Propriedade Urbana e o plano diretor**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.
- RIBEIRO, Maria de Fátima. A progressividade temporal do IPTU no Estatuto da Cidade: reflexos no desenvolvimento econômico. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima. (Orgs.). **Direito Empresarial Contemporâneo**. Marília: UNIMAR; São Paulo: Arte & Ciência, 2007. Capítulo 7. Disponível em: <[http://www.unimar.br/publicacoes/ftp/miolo\\_direito\\_empresarial\\_contemporaneo.pdf](http://www.unimar.br/publicacoes/ftp/miolo_direito_empresarial_contemporaneo.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2011.
- RODRIGUES, Arlete Moysés. Estatuto da Cidade: função social da cidade e da propriedade. Alguns aspectos sobre população urbana e espaço. **Cadernos Metrópole**, São Paulo, n. 12, p. 9-25, 2º sem. 2004. Disponível em: <[http://www.cadernosmetropole.net/download/cm\\_artigos/cm12\\_56.pdf](http://www.cadernosmetropole.net/download/cm_artigos/cm12_56.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2011.
- SILVA, José Afonso Da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOUZA, Demétrius Coelho. **O Meio Ambiente das Cidades**. São Paulo: Atlas, 2010.

SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a Cidade: uma introdução ao planejamento e à gestão urbanos**. 7 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio. (Coords.). **Estatuto da Cidade: comentários à lei nº 10.257/2001**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 44-60.

VICENTINI, Yara. Teorias da cidade e as reformas urbanas contemporâneas. **Desenvolvimento se Meio Ambiente**, Curitiba, n. 3, p. 3-31, jan./jun. 2001.



# **A função social da propriedade no Estatuto da Cidade: enfoque aos instrumentos da política urbana úteis no combate à especulação imobiliária**

***Alaim Giovani Fortes Stefanello***

*Advogado da CAIXA no Paraná*

*Doutorando em Direito Econômico e*

*Socioambiental - PUC/PR*

*Mestre em Direito Ambiental - UEA/AM*

*Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/PR*

***Ilaine Aparecida Pagliarini***

*Promotora de Justiça no Estado de Roraima*

*Mestranda em Direito Ambiental no Mestrado*

*Interinstitucional pela Universidade Federal de*

*Roraima e Universidade do Estado do Amazonas*

*Professora da Universidade Federal de Roraima*

## **RESUMO**

O instituto civil da propriedade consolidou-se dentro de uma concepção histórica individualista. Com a inserção da função social da propriedade na Constituição de 1988, isso começou a mudar. Assim, o presente artigo apresenta breve contextualização acerca da propriedade privada e sua função social para, após, adentrar na função social da cidade, com ênfase nos instrumentos da política urbana que auxiliam no combate à especulação imobiliária.

**Palavras-chave:** Estatuto da Cidade. Função social da propriedade. Instrumentos de política urbana. Especulação imobiliária.

## **ABSTRACT**

The civil institute of property has been consolidated within an individualistic historic conception. With the insertion of the social property in the Federal Constitution of 1988, it begins to change. So, this paper studies the private property and its social function as well the social function of the city, with emphasis on urban policy instruments that help in the fight against speculation.

**Keywords:** Statute of the city. The social function of property. Instruments of urban policy. Speculation.

## Introdução

O presente trabalho trata da função social da cidade prevista na Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, dando ênfase para alguns instrumentos da política urbana que se destacam no combate à especulação imobiliária.

Após dez anos do Estatuto da Cidade, mostra-se importante revisitar a origem da função social da propriedade que fora incorporada ao texto da lei em análise e estabelece as diretrizes gerais da política urbana no país.

Assim, no artigo que ora se apresenta inicia-se relembrando o histórico do instituto da propriedade para, após, dedicar-se à análise de alguns dos instrumentos jurídicos, políticos, tributários e de planejamento previstos na legislação que fazem parte da política urbana, possuindo importante objetivo de conferir eficácia ao princípio da função social da propriedade urbana e, consequentemente, da função social da cidade.

### 1 Breve contextualização acerca das diferentes concepções de propriedade privada

Não se pretende no presente trabalho analisar todos os tipos de propriedade e as diferentes concepções formuladas por diversos teóricos desde os mais remotos tempos. Far-se-á um breve estudo contextualizado sobre algumas concepções de propriedade ao longo da história que permita construir um cenário que servirá de palco para desenvolver o tema principal, que é a propriedade urbana e sua função social no Estatuto da Cidade, especialmente no tocante aos instrumentos que possibilitam o combate à especulação imobiliária.

Assim, convém iniciar pela importância do Direito Romano para a construção do instituto da propriedade. Para Gomes (2005, p. 115), na evolução histórica da propriedade interessa relembrar a noção desse instituto para os romanos, pois é o modelo que “predomina no regime capitalista” até hoje. Segundo o autor, a propriedade romana passou por longo processo de individualização, conferindo poderes exagerados e exaltando a concepção individualista do proprietário.

Cavedon (2003, p. 8), por sua vez, afirma que o Direito Romano influenciou os principais sistemas jurídicos ocidentais, em especial no âmbito do Direito Privado. Para a autora, a noção de propriedade para os romanos foi sofrendo alterações, deixando de ser exclusivamente individualista quando começou a restringir as formas de uso que trouxessem prejuízo à propriedade alheia.

De qualquer forma, independente dos contornos restritivos que o uso da propriedade romana possa ter tido, a concepção mais marcante desse período é o direito de usar, fruir e dispor da propriedade, possuindo o proprietário um direito absoluto oponível *erga omnes* que influenciou o Direito Civil ocidental. Nesse sentido, Lisboa (2005, p. 163) afirma que “no decorrer da história do império romano, podem ser constatadas etapas em que a propriedade individual possuiu maior ou menor importância. Entretanto, é inegável que o individualismo, de forma geral, prevaleceu”.

Já no período medieval a propriedade diferencia-se no que tange à exclusividade, “tendo como traço dominante a multiplicidade e o desmembramento do domínio, representado pelo regime feudal” (CAVEDON, 2003, p. 13). Para Gomes (2005, p. 115), é a “quebra desse conceito unitário”, havendo concorrência de proprietários sobre o mesmo bem.

O período feudal caracteriza-se, pois, por uma mudança no domínio e uso da terra, fruto da desigualdade social e das “invasões das propriedades privadas” (BLANC, 2004, p. 27) que estavam ocorrendo. O individualismo e o poder absoluto são relativizados, dando lugar ao compartilhamento da terra entre o senhor feudal e o vassalo, em que pese haver obrigações recíprocas, não consideradas equitativas.

Cabe destacar, mesmo assim, o encontro de interesses daqueles que não possuíam terras, mas desejavam e precisavam plantar para sobreviver com aqueles que possuíam propriedades improdutivas e nelas não queriam trabalhar. Essa relação, porém, por ser excessivamente onerosa para o vassalo, aos poucos vai gerando o esgotamento desse modelo, diminuindo os direitos do senhor feudal. Novamente, aos poucos a propriedade volta a adquirir contornos individualistas que se consolidariam, posteriormente, com a Revolução Francesa de 1789.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, oriunda da Revolução Francesa, concebe a propriedade como um direito sagrado e inviolável. Trata-se do marco histórico e ideológico do Direito Moderno, baseado nos ideários de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução.

Todavia, essa concepção de liberdade foi assegurada como um direito de o proprietário usar de qualquer forma seus bens, agindo sem precisar se preocupar com a coletividade, característica do Liberalismo que projetava a propriedade restrita ao aspecto individualista. “Só homens livres podem ser proprietários, podem adquirir propriedade, porque faz parte da idéia da propriedade a possibilidade de adquiri-la e transferi-la livremente” (SOUZA FILHO, 2003, p. 18). Retorna-se, pois, ao modelo ideológico de propriedade se-

melhante ao conceito que os romanos adotavam, de usar, fruir e dispor de maneira absoluta dos seus bens. Essa concepção de propriedade foi defendida pelo modelo dogmático positivista desde a Revolução Francesa, estando ainda muito presente na propriedade urbana, caracterizada por cidades onde os espaços privados ainda possuem prevalência sobre o interesse público, justamente numa lógica que a Lei 10.257/2001 pretende mudar.

Assim, passamos à visão contemporânea do instituto da propriedade, em que já não prevalece, apesar de ainda existir, "aquele absolutismo pernicioso que imperava no conceito do direito de propriedade, conferindo ao titular desse direito prerrogativas excepcionais [...] em detrimento dos interesses que seriam os mais caros da coletividade" (MALUF, 2005, p. 17).

Silva (1995, p. 263) explica que

o direito de propriedade fora, com efeito, concebido como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, de caráter absoluto, natural e imprescritível. Verificou-se, mais tarde, o absurdo dessa teoria, porque entre uma pessoa e uma coisa não pode haver relação jurídica, que só se opera entre pessoas... Demais, o caráter absoluto do direito de propriedade, na concepção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, foi sendo superado pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso do direito, do sistema de limitações negativas e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se à concepção da propriedade como função social, e ainda à concepção da propriedade socialista, hoje em crise.

Importante destacar a opinião acima, vista sob a ótica constitucionalista, mostrando a superação privatista do conceito de propriedade pelas normas do Direito Público. Para o autor, o conjunto de normas constitucionais sobre propriedade faz com que ela não seja mais considerada como instituição de Direito Privado, uma vez que a perspectiva civilista não "alcança a complexidade do tema, que é resultante de um complexo de normas jurídicas de Direito Público e de Direito Privado" (SILVA, 1995, p. 263).

Para Tepedino (2004, p. 304), a Constituição Federal de 1988 introduziu profundas transformações na disciplina da propriedade, sendo que "os civilistas, à época, não se deram conta de tais modificações em toda a sua amplitude, mantendo-se condicionados à disciplina da propriedade pré-vigente". O autor afirma que

a propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que,

até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanação de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade (TEPEDINO, 2004, p. 317).

Observa-se, pois, a mudança de concepção de propriedade, principalmente após a Constituição Federal de 1988, que lhe atribuiu uma função social. Logo, vista sob as lentes constitucionais, a propriedade só será garantida, nos termos do artigo 5º, XXII, desde que atenda a sua função social, conforme estabelece o artigo 5º, inciso XXIII. Ainda na Constituição Federal de 1934, o princípio da função social já estava previsto, bem como inserido nas demais Constituições, sem, contudo, ter o alcance da Constituição de 1988.

Souza Filho (2002) comenta que a propriedade e sua função social foi um dos temas mais polêmicos no processo constituinte de 1988, pois, de um lado, estava a questão social propugnando por uma propriedade relativizada e, de outro, a “velha propriedade do século XIX, absoluta, protegida a qualquer preço, como coisa sacrossanta, intocável, como se fosse o supremo direito de cada um e o paradigma único de liberdade” (SOUZA FILHO, 2002, p. 22 e 23).

## 1.1 Da função social da propriedade à função social da cidade

A propriedade imóvel absoluta, sagrada e inviolável, originária do Direito Romano e reafirmada como marco da modernidade na Revolução Francesa, pressupõe que o dono possui o direito de usá-la da forma como entender, sem se preocupar com aspectos sociais ou coletivos.

A concepção absolutista que permite usar, gozar e fruir da propriedade como um direito *erga omnes* traduz o individualismo que ainda permanece no ideário capitalista e econômico dominante, em que pesem os movimentos sociais e a legislação em sentido contrário.

Aos poucos, no entanto, foi sendo revista e repensada a função da propriedade em razão da necessidade de um melhor aproveitamento dos recursos naturais, bem como da riqueza gerada pela terra e as consequentes desigualdades dela originadas, a exemplo dos problemas gerados com a especulação imobiliária decorrente da exploração da terra urbana.

Assim, de forma cada vez mais presente, o aspecto social foi sendo incorporado como fator decisivo e qualificador da propriedade, tendo como referência de mudança paradigmática a Consti-

tuição de Weimar de 1919 e a Constituição Mexicana de 1917, de cujos textos emerge que a propriedade, além de um direito, é também um dever, ou seja, a propriedade obriga.

Contemporaneamente, a nova exegese jurídica da propriedade imobiliária à luz da norma constitucional de 1988 irradiou seus efeitos para além da problemática da apropriação da terra, sendo aplicável em sua plenitude também noutras formas de propriedade, como a propriedade urbana, abrindo espaço para se discutir a função social da cidade.

A propriedade, então, revista pelo texto constitucional, passou do campo privatista do Direito Civil para a seara constitucional do Direito Público, tendo um novo núcleo que lhe dá um significado diferente daquele originário do Direito Romano, da Revolução Francesa e dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Assim emergiu do texto constitucional o artigo 182, o qual prevê que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. A cidade, constitucionalmente, adquire um novo e relevante contorno social.

Nesse mesmo sentido, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.228, reconheceu que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, mas que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, preservando a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico, o patrimônio histórico e artístico e evitando a poluição do ar e das águas.

O disposto no artigo 1.228 do Código Civil explicita uma outra função que a propriedade deve atender, que é a função ambiental. Para Santilli (2000, p. 89), “o novo ordenamento constitucional obrigou o estatuto civil a redimensionar o direito de propriedade, dando-lhe nova estrutura e novos contornos conceituais”.

Na verdade, tal artigo está em consonância com o disposto na Constituição Federal, no seu artigo 186, que trata da propriedade rural e vincula a função social à preservação do meio ambiente. Ainda, a título ilustrativo, cita-se o artigo 170 da Constituição, em que nos princípios gerais da atividade econômica aparecem a propriedade privada, a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente.

Nesse contexto, está a Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, que ao regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e estabelecer diretrizes gerais da política urbana apresenta em seu artigo 2º o princípio da função social da propriedade urbana, assegurando o direito às cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à

infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Destaca-se a expressão “para as presentes e futuras gerações”, também contida no artigo 225 da Constituição, o qual estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Ou seja, o direito à cidade sustentável compreende um sentido transgeracional em que as presentes gerações devem planejar o espaço urbano de forma a não prejudicar os direitos das gerações futuras.

Nessa seara, os instrumentos da política urbana previstos no Estatuto da Cidade possuem singular relevância para a população, competindo aos municípios implementá-los conforme as características e necessidades de cada região. O artigo 4º da Lei 10.257/2001 prevê os seguintes instrumentos, entre outros existentes:

- I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;
- II – planejamento das regiões metropolitanas, aglorações urbanas e microrregiões;
- III – planejamento municipal, em especial: [...]
- IV – institutos tributários e financeiros: [...]
- V – institutos jurídicos e políticos: [...]
- VI – estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

Assim, destacaremos no presente trabalho o Plano Diretor (previsto no planejamento municipal), o parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios, bem como a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública (que são institutos jurídicos e políticos), o Imposto Predial e Territorial Urbano Progressivo no Tempo (institutos tributários e financeiros), tendo em vista a importância desses instrumentos na consecução da função social da cidade e combate à especulação imobiliária.

## 2 Instrumentos da política pública urbana

### 2.1 Considerações iniciais

Para a efetivação do princípio da função social da propriedade urbana, a Constituição Federal trouxe a previsão de instrumentos a serem utilizados pelos municípios, os quais foram ampliados e regulamentados pelo Estatuto da Cidade, que aponta as diretrizes da política urbana no país, tendo como objetivo garantir a função social da propriedade e promover a redistribuição democrática de áreas urbanas, como resposta à exclusão social territorial.

Dentre os inúmeros instrumentos da política urbana, delimitamos o presente estudo em relação àqueles que visam ao combate à especulação imobiliária e possibilitam a ocupação e o uso do solo urbano em harmonia com o princípio da função social da propriedade.

A ação do Poder Público contribui de modo decisivo para alterar a estruturação do espaço. Nesse sentido, as políticas públicas voltadas para o desenvolvimento do país, tal como os incentivos à indústria e à mecanização da agricultura, foram indutoras da urbanização, termo utilizado para designar o crescimento da população urbana em proporção superior à rural. Silva (2000, p. 26-27) alerta para o fato de que a urbanização gera enormes problemas, pois deteriora o ambiente urbano, provoca a desorganização social, com carência de habitação, desemprego, problemas de higiene e de saneamento básico, modifica a utilização do solo e transforma a paisagem urbana.

Conforme Pinto (2010, p. 42), “a política urbana é o setor da atuação do Estado que trata da ordenação do território das cidades, mediante alocação do recurso espaço entre os diversos usos que o disputam”.

Dessa forma, a política urbana atua na localização dos equipamentos públicos (edificações necessárias aos serviços públicos e infraestrutura para o abastecimento de água, esgotamento sanitário, energia elétrica, telecomunicações e sistema viário) e na regulamentação da construção civil, abrangendo “a distribuição territorial das atividades, visando a reduzir efeitos negativos sobre a vizinhança e o controle das densidades, de modo a compatibilizar o uso do solo, com a disponibilidade de infraestrutura” (PINTO, 2010, p. 43).

Essas intervenções estatais no espaço urbano vão interferir diretamente no mercado imobiliário, com o aumento do valor dos lotes beneficiados com esses investimentos, cujos proprietários nem sempre disponibilizam os mesmos para a comercialização ou lhes dão utilização, gerando a especulação imobiliária.

Embora o crescimento da população urbana no Brasil tenha iniciado na década de 30, tão somente na década de 70 a questão urbana e as consequências da urbanização passam a ser consideradas importantes no âmbito das políticas públicas. Mas, mesmo assim, apenas o problema habitacional ganhou relevo, tendo como exemplo a criação do Banco Nacional de Habitação (BNH) e do Serviço Federal de Habitação e Urbanismo (SERFHAU) (FERREIRA, 2003, p. 1).

Havia nos Planos Decenais de 1960 e 1970, de âmbito nacional, um capítulo sobre planejamento urbano. Entretanto, dois gran-

des problemas eram enfrentados. Primeiro: a União não era a executora dos planos; segundo: a falta de instrumentos jurídicos que possibilitessem o controle efetivo do uso do solo urbano. Sentia-se a necessidade de uma reformulação de conceitos relativos a institutos como a propriedade, o interesse público e o privado, bem como as competências entre os entes federativos para a regulamentação dessas questões. Em suma, havia o planejamento no âmbito federal, mas inexistiam os meios para a sua execução. Faltava decisão política, pois as proposições feitas pelos técnicos representavam para a elite política uma ameaça ao direito de propriedade, embora a falta de controle do uso do solo fosse o mais grave problema do desenvolvimento urbano brasileiro (FERREIRA, 2003, p. 2).

Em 1979 deu-se o primeiro avanço, com a edição da Lei nº 6.766, que regulamentou o parcelamento do solo urbano e criminalizou os loteamentos clandestinos, além de trazer definições sobre equipamentos públicos comunitários e urbanísticos. No entanto, é a Constituição de 1988 que traz efetivamente uma proposta de reforma urbana, com a inclusão de capítulo próprio sobre a política urbana, nos artigos 182 e 183.

Posteriormente, a Lei nº 10.257, de 10/7/2001, denominada Estatuto da Cidade, regulamentou os artigos acima citados, estabelecendo normas para o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental (art. 1º).

Os dispositivos constitucionais citados, além de expressarem o princípio da função social da propriedade urbana, também elencam os instrumentos jurídicos para a efetivação da política urbana: o Plano Diretor, o parcelamento ou edificação compulsórios, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública.

Com efeito, são instrumentos urbanísticos que garantem ao Estado as ferramentas jurídicas para o exercício do controle efetivo sobre as dinâmicas de produção e uso do espaço urbano, promovendo o interesse público e mediando os conflitos decorrentes dessas interações.

É importante salientar que a utilização de instrumentos urbanísticos ocorreu inicialmente no norte da Europa e também na América do Norte (EUA e Canadá) no período pós-guerra, com enérgica intervenção estatal nas questões urbanas, visando a equilibrar as disputas sociais dos trabalhadores com as forças capitalistas emergentes da segunda grande guerra. Mesmo nesses locais não foi possível evitar a exclusão social (FERREIRA, 2003, p. 1).

Os instrumentos urbanísticos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal, anteriormente elencados, visam essencialmente a combater a especulação imobiliária com o objetivo de ampliar a oferta e reduzir os preços dos imóveis, possibilitando maior acesso das populações mais pobres à moradia, com redução da exclusão territorial.

A primeira e importante observação a ser feita é sobre a competência legislativa dos municípios para as políticas públicas urbanas, bem como para a instituição, via lei específica, dos instrumentos urbanísticos. Tal atribuição é extremamente pertinente, pois não seria possível a criação no âmbito nacional de um perfil único para todas as estruturas municipais existentes. A diversidade cultural, demográfica, social e econômica dos municípios impõe que cada qual, nos contornos de sua realidade, adote os instrumentos mais adequados.

A segunda reflexão diz respeito à obrigatoriedade do Plano Diretor para a utilização dos instrumentos urbanísticos, conforme previsto no art. 41, inciso III, do Estatuto da Cidade.

O Estatuto da Cidade não apenas regulamentou os instrumentos previstos na Constituição Federal, mas citou instrumentos já existentes, como também criou outros. Entretanto, no presente trabalho serão abordados apenas aqueles instrumentos destinados ao combate à especulação imobiliária, os chamados instrumentos urbanísticos.

## 2.2 Plano Diretor

O Plano Diretor apresenta as diretrizes urbanas para a organização e indução de comportamentos desejáveis de ocupação e uso do solo. Nele estão definidas as políticas públicas urbanas, tal como o zoneamento, os transportes, a definição de áreas de interesse social, entre outras.

Mukai (2008, p. 37) entende o Plano Diretor como um “instrumento legal que visa propiciar o desenvolvimento urbano (portanto, da cidade) do Município, fixando diretrizes objetivas (metas), programas e projetos para tanto, em horizonte de tempo determinado”. Trata-se de “instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana e parte integrante do processo de planejamento, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas” (GASPARINI, 2002, p. 195).

Silva (2000, p. 137) afirma que “é plano, pois estabelece os objetivos que deverão ser atingidos, os prazos em que ditos objetivos deverão ser alcançados, as atividades que deverão ser executadas e os responsáveis pela respectiva execução”.

A Constituição Federal estabeleceu a sua obrigatoriedade para as cidades com mais de 20 mil habitantes (art. 182, § 1º), tendo o Estatuto da Cidade estendido a obrigatoriedade para cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas e de áreas de especial interesse turístico, que estejam inseridas em área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional, bem como aquelas cidades onde o Poder Público pretenda utilizar os instrumentos urbanísticos do parcelamento ou edificação compulsórios, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública (art. 41).

Segundo Villaça (2005, p. 10), a ideia de Plano Diretor surgiu no Brasil em 1930, quando o urbanista francês Alfred Agache publicou no país, em sua língua pátria, o Plano Agache para a cidade do Rio de Janeiro. Nesse documento aparece pela primeira vez entre nós a expressão *plan directeur*. O autor ainda complementa que esse plano nunca foi traduzido para a língua portuguesa pelo Poder Público.

A obrigatoriedade de elaboração do Plano Diretor também não é novidade constitucional. Braga (1995, p. 15) informa que na Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo, Lei Estadual nº 9.842, de 1967, havia a exigência de elaboração do Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado, estabelecendo como punição aos municípios faltosos a proibição de auxílios financeiros pelo estado.

Importante mencionar que antes da Constituição de 1988 os municípios não possuíam suas Leis Orgânicas, sendo competência do estado, exceto o Rio Grande do Sul, elaborar uma lei única para todos os seus municípios,. Nesse sentido, além do estado de São Paulo, as leis dos estados de Alagoas, Minas Gerais, Mato Grosso e Rio de Janeiro também continham disposições sobre a necessidade de os municípios elaborarem o Plano Diretor (PINTO, 2010, p. 105-107).

Quanto ao conteúdo do Plano Diretor, Pinto (2010, p. 137), após análise de diversas legislações, conclui que o mesmo deverá tratar dos seguintes aspectos:

Delimitação das zonas urbanas, de expansão urbana, de urbanização específica e de interesse social; estabelecimento de índices urbanísticos relativos a áreas mínimas e máximas de lotes e coeficientes básicos, máximos e mínimos de aproveitamento; delimitação das áreas cuja vegetação natural deva ser preservada ou suprimida; traçado do sistema viário principal da cidade, existente e projetado; bases para a utilização do direito de preempção, das operações consorciadas e da transferência do direito de construir.

Merece ainda destaque a Resolução nº 34, de 1º de julho de 2005, do Conselho das Cidades, que dispõe sobre o conteúdo mínimo do Plano Diretor, e a norma técnica da ABNT, aprovada em 1992 sob o nº 12.267, que trata das “Normas para Elaboração de Plano Diretor” (PINTO, 2010, p. 134 e 137).

Os planos diretores podem ser gerais, apenas estabelecendo diretrizes, deixando para outros instrumentos, a exemplo dos planos setoriais, o detalhamento para a execução da política pública urbana. Por outro lado, o plano já pode estabelecer todos os detalhamentos necessários para a executividade do planejamento urbano. Entretanto, seja qual for a opção do município, o Plano Diretor deve ser adequado à realidade local, politicamente e tecnicamente passível de ser executado.

## 2.3 Parcelamento, edificação e utilização compulsórios

Nos termos da Lei nº 6.766, de 19/12/1979, parcelamento é a divisão em lotes de uma área ou gleba situada em zona urbana ou de expansão urbana. A mesma lei divide o parcelamento em duas espécies: o loteamento, que é a divisão de uma área ou gleba em lotes destinados à edificação, com a abertura ou o prolongamento de logradouros públicos, objetivando a implantação de uma aglomeração urbana. O desmembramento é uma divisão de gleba ou área sem a abertura ou prolongamento de logradouros.

A edificação consiste na construção, tanto para fins residenciais, como também industriais, comerciais, religiosos, educacionais ou recreacionais. “A utilização é o aproveitamento adequado e útil do solo urbano, de forma que a propriedade cumpra sua função social” (GASPARINI, 2002, p. 30).

A Constituição Federal dispõe no art. 182, § 4º, que é facultado ao Poder Público Municipal, mediante lei específica, para área incluída no Plano Diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação com pagamento através de títulos da dívida pública.

O objetivo desse instrumento é o combate à retenção de espaços urbanos não edificados, dotados de infraestrutura e serviços urbanos, visando a reduzir os custos de urbanização e otimizando os investimentos públicos realizados (GASPARINI, 2002, p. 32).

Especular significa “estocar algo na esperança de realizar uma transação vantajosa no futuro, quando, então, seu preço estaria superior ao preço atual” (GASPARINI, 2002, p. 109). Para que um

objeto seja alvo de especulação, é necessário que ele provoque nos agentes econômicos a sensação de que no futuro a sua oferta será inferior à demanda, fazendo com que os preços subam e os detentores desses ativos, caso os comercializem, tenham maiores lucros.

Os terrenos urbanos são ativos sujeitos à especulação, pois sendo um ativo de quantidade fixa e com a crescente urbanização, há uma expectativa de disputa futura pelos mesmos. Há ainda situações em que determinadas áreas não valorizadas, após os investimentos públicos, ocasionam o aumento do preço dos terrenos beneficiados com os equipamentos públicos. Nesse sentido, a especulação se alia à corrupção, tanto no comércio de informações sobre onde serão feitas as melhorias públicas, como também direcionando a aplicação dos recursos públicos (GASPARINI, 2002, p. 110).

Com efeito, é comum as cidades apresentarem verdadeiros vazios urbanos, cujas áreas são submetidas a valorizações constantes, em face dos investimentos públicos, sem uso ou ocupação em conformidade com a função social da propriedade urbana. Dessa forma, o parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios são mecanismos destinados a impedir ou inibir a especulação imobiliária nas cidades, com a redução dos preços dos imóveis e ampliação do acesso ao espaço urbano.

Embora tenha sido previsto na Constituição Federal, os municípios não podiam fazer uso desse instrumento em face da ausência de lei federal. Entretanto, com a publicação do Estatuto da Cidade, tal exigência foi suprida.

O parcelamento ou a edificação compulsórios foram regulamentados nos artigos 5º e 6º do Estatuto da Cidade, permitindo ao município exigir do proprietário de um terreno o seu aproveitamento, desde que a área esteja definida no Plano Diretor.

As disposições contidas no Estatuto não são autoaplicáveis, havendo necessidade de que sejam atendidas as seguintes exigências: (1) o município deve ter Plano Diretor; (2) o Plano Diretor deve estabelecer a área ou áreas sujeitas ao parcelamento, à edificação ou à utilização compulsórios; (3) o município deve editar lei específica que imponha o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios e disponha sobre condições e prazos de implementação das obrigações; (4) a propriedade precisa estar localizada em área sujeita à urbanização obrigatória; (5) a propriedade deve ser considerada não utilizada ou subutilizada; e (6) o município deve ter notificado o proprietário.

O tipo de urbanização a ser feita e o prazo para o cumprimento igualmente devem ser disciplinados na lei específica. O Estatuto da Cidade, porém, já estabeleceu prazos mínimos, conforme art.

5º, § 4º, não podendo a lei municipal estabelecer prazos inferiores. Ou seja, um ano para o protocolo do projeto, a contar da notificação, e dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento.

Importante anotar que a notificação deve ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis, pois a obrigação de parcelamento segue o bem (*obrigação propter rem*), transmitindo-se para os sucessores por atos *inter vivos* ou *causa mortis*.

## 2.4 Imposto Predial e Territorial Urbano Progressivo no Tempo

A progressividade para o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) aparece no artigo 182, § 4º, inciso II, assim como no art. 156, § 1º, da Constituição Federal, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional nº 29/2000.

Nas duas situações, o imposto visa à efetivação do princípio da função social da propriedade urbana. Entretanto, o IPTU do art. 182 tem natureza extrafiscal e o do art. 156, fiscal.

A progressividade do IPTU pode adotar vários critérios, entre os quais são arrolados os seguintes:

Progressividade em razão do tempo: as alíquotas subirão ano a ano em caso de desuso do imóvel;  
Progressividade em razão do espaço: as alíquotas variarão de acordo com a localização do imóvel no espaço urbano municipal;  
Progressividade em razão do valor do imóvel: quanto mais alto o valor venal do imóvel, maior a alíquota;  
Progressividade em razão da superfície: as alíquotas aumentarão em proporção à área ocupada pelo imóvel;  
Progressividade em razão da destinação: as alíquotas variarão de acordo com o uso do imóvel (comercial, industrial, residencial);  
Progressividade em razão do gabarito: quando as alíquotas variarão de acordo com o número de pavimentos do imóvel;  
Progressividade em razão do número de lotes do proprietário: as alíquotas serão maiores para aqueles que possuem maior número de propriedades;  
Progressividade por critério misto: quando há a conjugação de dois ou mais critérios antes descritos (DERZI; COELHO, 1982, p. 298).

O critério adotado no art. 182 é o desuso do imóvel, como medida sucessiva à obrigação de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios de área prevista no Plano Diretor que não esteja cumprindo a sua função social. Trata-se da utilização de im-

posto já previsto na Constituição, de competência dos municípios, com caráter extrafiscal, visando à regulação do uso e ocupação dos espaços urbanos. A extrafiscalidade corresponde à “deliberada utilização, pelo Poder Público, dos tributos, para regular comportamentos sociais” (AGUIAR, 1994, p. 165).

Segundo Gasparini (2002, p. 45), o IPTU progressivo no tempo “é o que incide sobre a propriedade urbana que não atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, cuja alíquota é, durante certo prazo, majorada anualmente”.

Nos termos do art. 7º do Estatuto da Cidade e seus parágrafos, a majoração da alíquota ocorrerá pelo prazo de cinco anos consecutivos, fixada em lei específica e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitando-se a alíquota máxima de 15%. Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não seja atendida no prazo de cinco anos, o município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que a obrigação seja cumprida. Se mesmo com a alíquota máxima houver a inércia do proprietário, poderá o município efetuar a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública, nos termos do art. 8º do Estatuto. Também está vedada a concessão de isenções ou de anistia relativas a esse imposto.

## **2.5 Desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública**

A desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública é um instrumento de intervenção do município na propriedade urbana, previsto no art. 182, § 4º, III, da Constituição Federal e disciplinado no art. 8º do Estatuto da Cidade, somente sendo cabível sua utilização após as tentativas de parcelamento e edificação compulsórios e lançamento do IPTU progressivo no tempo.

Para a fixação do preço da indenização, utiliza-se como critério o valor da base de cálculo do IPTU, excluindo-se eventuais valorizações decorrentes de investimentos públicos realizados após a notificação do proprietário para o parcelamento, edificação ou utilização do imóvel, bem como quaisquer expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

Apurado o valor, o mesmo será pago em títulos da dívida pública resgatáveis no prazo de até dez anos, em prestações anuais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de 6% ao ano. Também não é permitida a utilização dos títulos para pagamento de tributos.

Efetivada a desapropriação, o Poder Público deve promover o adequado aproveitamento da área desapropriada em cinco anos,

a contar da incorporação do bem ao patrimônio público ou imissão provisória na posse. O Estatuto também admite a possibilidade de que terceiros, mediante aquisição ou concessão da área, precedidas de licitação, efetivem o adequado aproveitamento, ficando sujeitos às mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios.

A desapropriação nos moldes propostos pelo Estatuto é adequada na medida em que não beneficia o proprietário que não cumpre com as imposições do parcelamento, da edificação ou da utilização adequados da área urbana ou urbanizável. A desapropriação com o pagamento da indenização em dinheiro, tal como ocorre nos casos de interesse social, utilidade ou necessidade pública, seria desproporcional, pois acabaria por premiar o proprietário faltoso.

## Conclusão

O princípio da função social da propriedade rompeu um secular paradigma quanto ao absolutismo do direito de propriedade. A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a prever esse princípio, o qual foi repetido em todos os demais textos constitucionais.

Na atual Carta Política, é garantido o direito de propriedade em geral, devendo esta atender a sua função social (art. 5º, incisos XII e XIII). Também previu o princípio da função social da propriedade como norteador da ordem econômica (art. 170, incisos II e III) e da propriedade urbana e rural, impondo sanções pelo seu descumprimento (arts. 182, 184 e 186).

Embora alguns defendam ser a função social um limitador ao direito da propriedade, entendemos que a mesma integra a estrutura do direito de propriedade, fazendo parte de seu conteúdo.

A propriedade urbana, no termos da Constituição, cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor. Dessa forma, fica condicionada a realizar as funções urbanísticas de propiciar habitação (moradia) e condições adequadas para o desenvolvimento do trabalho, recreação e circulação (funções sociais da cidade).

Para a efetivação da função social da propriedade, principalmente no que diz respeito ao uso adequado do solo urbano, coloca-se à disposição dos municípios diversos instrumentos, dentre os quais foram destacados neste artigo aqueles que visam a combater a especulação imobiliária.

Assim, os proprietários de áreas urbanas ou de expansão urbanas, previstas no Plano Diretor, que não estejam tendo um ade-

quando aproveitamento poderão sofrer, de forma sucessiva, nos termos de lei específica, a imposição pelo Poder Público do parcelamento, da edificação ou da utilização compulsórios, do IPTU progressivo no tempo ou da desapropriação mediante pagamento com títulos da dívida pública.

A intervenção do estado na propriedade urbana se faz necessária, em face do interesse público, pois a maioria das cidades possuem grande parte de seus imóveis urbanos sem ocupação ou edificação, cujos proprietários os mantêm com a expectativa de valorização, dando origem a enormes vazios em áreas já urbanizadas, com a presença dos equipamentos públicos necessários à moradia.

Essa situação gera para o Poder Público a necessidade de novos investimentos, pois a cidade tende a expandir-se para áreas sem infraestrutura, visto que são as áreas menos valorizadas que permitem o acesso das populações de baixa renda, gerando uma segregação socioespacial. Já as áreas mais valorizadas acabam tendo coeficientes de edificação e de ocupação muito aquém de sua capacidade.

Nesse sentido, os instrumentos urbanísticos impõem ao particular a obrigação de dar às glebas, aos lotes e às edificações urbanas uso e ocupação, garantindo a efetividade do princípio da função social da propriedade urbana, que é o fundamento dos instrumentos urbanísticos previstos na Constituição e regulamentados pelo Estatuto da Cidade.

## Referências

- AGUIAR, Joaquim Castro. **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- BRAGA, Roberto. Plano diretor municipal: três questões para debate. **Caderno do Departamento de Planejamento**, Presidente Prudente, v. 1, n. 1, ago. 1995.
- BLANC, Priscila Ferreira. **Plano Diretor Urbano e Função Social da Propriedade**. Curitiba: Juruá, 2004.
- CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e Ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Momento Atual, 2003.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- FERREIRA, João Sette Whitaker. Alcanços e limitações dos instrumentos urbanísticos na construção de cidades democráticas e socialmente justas. In: Conferência das Cidades, 5., 2003, Brasília. Texto de apoio às discussões da Mesa 1 - Plano Diretor e Instrumentos Tributários e de Indução do Desenvolvimento: Outorga Onerosa do Direito de Construir, Direito de Preempção, Direito de Superfície, Urbanização Compulsória, IPTU Progressivo.

- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GASPARINI, Diógenes. **O estatuto da cidade**. São Paulo: NDJ Ltda., 2002.
- LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. Volume 4: Direitos Reais e Direitos Intelectuais. 3. ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao Direito de Propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MUKAI, Toshio. **O estatuto da cidade**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PINTO, Victor Carvalho. **Direito urbanístico – plano diretor e direito de propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis; Instituto Internacional de Educação do Brasil (IEB); Instituto Socioambiental (ISA), 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. edição revista. São Paulo: Malheiros, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Mares. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.
- \_\_\_\_\_. Introdução ao Direito Socioambiental. In: LIMA, André. (Org.). **O Direito para o Brasil Socioambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 21-48.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- VILLAÇA, Flávio. **As ilusões do plano diretor**. São Paulo: [s.n.], 2005. Disponível em: <[http://www.flaviovillaca.arq.br/pdf/ilusao\\_pd.pdf](http://www.flaviovillaca.arq.br/pdf/ilusao_pd.pdf)>. Acesso em: 9 out. 2011.

# **Estatuto da Cidade: análise a partir do Direito Ambiental, do Direito Internacional e da Constituição Brasileira**

***Floriano Benevides de Magalhães Neto***

*Advogado da CAIXA no Ceará*

*Pós-Graduado em Administração Pública e em Direito e Processo Tributário*

## **RESUMO**

O meio ambiente e a preservação do planeta têm sido temas de grandes discussões em todas as esferas jurídicas, políticas, sociais e diplomáticas. Já a partir desse incremento da preocupação com as questões ambientais, foi se desenvolvendo o Direito Ambiental, tanto no Direito Internacional Público, através de várias conferências internacionais ambientais, como no Direito Brasileiro. A Constituição Brasileira de 1988 traz grande destaque ao Direito Urbanístico e Ambiental. A partir de previsão da Carta Magna, foi instituído o Estatuto da Cidade, com diretrizes e programas para melhorar a qualidade de vida nas áreas urbanas, tratando de questões como poluição, preservação de áreas verdes, habitação, sustentabilidade e outros fatores, no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, para os fins de garantir o direito à moradia e melhorar o planejamento urbano, um dos grandes problemas das cidades no Brasil.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Direito Internacional Público Ambiental. Estatuto da Cidade. Direito à moradia.

## **ABSTRACT**

The environment and preservation of the planet have been topics of much debate in all spheres, legal, political, social and diplomatic. These increasing environmental issues have been developed in the Environmental Law, both in public international law through many international climate conferences and in the Brazilian Law. On the other hand, the Brazilian Constitution of 1988 gives great prominence to the Urban Planning and Environmental Law. According of the Constitution, it was promulgated the City Statute, with guidelines and programs to improve the quality of life in urban areas, debating issues like pollution, preservation of green space, housing, sustainability development and other recommendations, both of Federal, State,

Federal District and Municipalities, for the purpose of ensuring the Right to Housing and improve urban planning, one of the great problems of the cities in our country.

Keywords: Environmental Law. Environmental Public International Law. City Statute. Right to housing.

## Introdução

O Direito Ambiental foi-se formando como disciplina autônoma do Direito no Brasil, passando na Constituição de 1988 a ter a importância devida e necessária, pois tem sua repercussão no meio ambiente e, principalmente, na sustentabilidade da vida na Terra.

Nas constituições anteriores, sua competência era exclusivamente da União, e na atual passou a ser repartida entre os entes federativos, União, estados, Distrito Federal e municípios.

Analisaremos o Direito Ambiental através do Estatuto da Cidade, e os meios que estão sendo buscados para melhorar a vida na área urbana, tão cheia de problemas, como déficit habitacional, saneamento, poluição, entre outros.

Os países estão em discussão quase permanente sobre o assunto e é preciso que o povo tome consciência do seu papel relevante nesse tema, tão importante para o Direito e tão importante para cada um de nós.

O Brasil está tentando melhorar a questão ambiental também através da questão urbanística, mediante uma nova política habitacional, que precisa estar aliada também a uma política de saneamento básico, transportes, qualidade de vida para a população.

E o Estatuto da Cidade está completando dez anos. É uma norma para trazer sustentabilidade ao nosso meio urbano. É o que passaremos a analisar doravante.

## 1 O Direito Ambiental como disciplina autônoma

No Brasil, a Política Nacional do Meio Ambiente foi solidificada a partir da Lei nº 6.938/81. O Decreto nº 99.274/90, regulamentando a lei, organizou a administração ambiental através do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), estabelecendo procedimentos para licenciamentos e fiscalização, por meio do poder de polícia da Administração Pública.

O SISNAMA é composto por órgãos, entidades e regras dos entes federados para proteção e melhoria da qualidade ambiental, tais como o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), órgão consultivo e deliberativo; o Ministério do Meio Ambiente; o

IBAMA; e entidades estaduais e municipais responsáveis pelo controle de atividades em suas áreas de atuação.

A lei, quando define meio ambiente, deve abranger tanto o meio ambiente natural (solo, água, ar atmosférico, flora, fauna), como o artificial (espaço urbano construído, ruas, praças, áreas verdes etc.), o cultural (patrimônio histórico, cultural, artístico, paisagístico e arqueológico) e até o do trabalho (relações entre o local de trabalho e o meio externo em face da saúde/incolumidade físico-psíquica das pessoas) (FIORILLO, 2002, p. 20).

Como afirmam Guerra e Guerra (2005, p.7), todo e qualquer bem essencial à sadia qualidade da vida humana e de uso comum do povo tem características de bem ambiental. O solo, a água, o ar atmosférico, a flora, a fauna, o patrimônio genético do país, o patrimônio cultural, a saúde, as praças, as ruas, áreas verdes e demais assentamentos, todos são essenciais à sadia qualidade da vida humana. Mukai (1998, p. 4) individualiza três aspectos relevantes para o meio ambiente:

- a) O ambiente como modo de ser global da realidade natural, baseada num dado equilíbrio dos seus elementos – equilíbrio ecológico, que retém necessário e indispensável em relação à fruição da parte do homem, em particular à saúde e ao bem-estar físico; o ambiente enquanto ponto de referência objetivo dos interesses e do direito respeitante à repressão e prevenção de atividades humanas dirigidas a perturbar o equilíbrio ecológico, convertendo-se o dano ao ambiente em dano do próprio homem;
- b) O ambiente como uma ou mais zonas circunscritas do território, consideradas pelo seu peculiar modo de ser e beleza, dignas de conservação em função do seu gozo estético, da sua importância para a investigação científica, ou ainda pela sua relevância histórica, isto é, o ambiente enquanto soma de bens culturais, enquanto ponto de referência objeto dos interesses e do direito à cultura;
- c) o ambiente como objeto de um dado território em relação aos empreendimentos industriais, agrícolas e dos serviços, isto é, o ambiente enquanto ponto de referência objeto dos interesses e do direito urbanístico respeitantes aos territórios como espaço, no qual se desenvolve a existência e a atividade do homem na sua dimensão social.

Inicialmente ligado ao Direito Administrativo, o Direito Ambiental teve como um dos precursores no Brasil Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em obra publicada em 1975, sob o título *Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico*, na qual conceituou como Direito Ecológico o direito protetivo do meio ambiente.

Assim, seguindo a tendência internacional, foi-se formando este novo ramo do direito no Brasil, principalmente em face de seu propósito preservacionista do meio ambiente.

De início, como regra nas autorizações e licenças, foi-se desligando do Direito Administrativo, tornando-se autônomo, mantendo relação principalmente com o Direito Constitucional, Direito Civil, Processual, Penal e Internacional.

Machado (2002, p. 16) aprofundou o conceito e utilizou o Direito do Meio Ambiente “constituído por um conjunto de regras jurídicas relativas à proteção da natureza e à luta contra as poluições”.

Devemos, porém, ter em mente que, como o meio ambiente é fundamental à vida na Terra, à sobrevivência das espécies e especialmente da espécie humana, é uma preocupação dos ambientalistas, que buscam, não só no ramo do Direito, mas na Engenharia, Arquitetura, Política, Informática e outras ciências, o melhor caminho para termos qualidade de vida na zona urbana e também na zona rural.

## 2 Princípios do Direito Ambiental

### 2.1 Princípios e regras

Princípios são normas jurídicas que solidificam e fundamentam o sistema jurídico. Bonavides (2003, p. 45) os define como “aquele valor vinculante mais alto que, positivado na Constituição, é suscetível de irradiar normatividade a todos os conteúdos constitucionais”.

Vale distinguir regras de princípios, principalmente em face do grau de importância de ambos na estrutura normativa. Em termos gerais, regras seriam comandos para casos concretos e princípios seriam comandos para casos abstratos, em tese. Bobbio (1996) se manifesta sobre o assunto:

Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores

ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso.

Canotilho (1997, p. 45) apresenta cinco critérios para distinguir regras e princípios:

- a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida;
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta;
- c) Grau de fundamentabilidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex. princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex. Princípio do Estado de Direito).
- d) Proximidade da idéia de direito: os princípios são 'standarts' juridicamente vinculados radicados na idéia de 'justiça' (Dworkin) ou na 'idéia de direito' (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;
- e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a 'ratio' de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Temos assim uma clara visão dos princípios como núcleo do ordenamento jurídico, como dito pelos doutrinadores, a viga mestra do sistema, como autênticas bússolas para as normas jurídicas. Analisaremos agora os princípios elencados pela maioria doutrinária, que são os pilares do Direito Ambiental.

## **2.2 Princípio do Desenvolvimento Sustentável**

A definição de desenvolvimento sustentável partiu dos riscos de esgotamento dos recursos, inviabilizando atividades econômicas num futuro breve. Como afirma Castro (2003, p. 716):

Ao final de três séculos de industrialização, o que representa cem vezes menos tempo que a era da civilização agrícola, chegamos ao atual estado de devastação do meio ambiente que, caso mantido o ritmo crescente de degradação da natureza, com a explosão demográfica, urbanização exacerbada, desperdício de bens de consumo, acúmulo de embalagens descartáveis e volume de

lixo, não suportará mais tanto tempo. E, conforme a Comissão da ONU sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente, o desenvolvimento não se mantém se a base de recursos ambientais se deteriora; o meio ambiente não pode ser protegido se o crescimento econômico não leva em conta as consequências da destruição ambiental.

Portanto, o desenvolvimento econômico deve estar atrelado à preocupação de proteção ao meio ambiente, minimizando impactos ambientais e utilizando tecnologias menos poluidoras.

O Princípio do Desenvolvimento Sustentável é o que busca o ponto de equilíbrio entre a atividade econômica e o uso adequado dos recursos naturais para as gerações atuais e futuras, levando-se em conta a dimensão ecológica, social, política, econômica, demográfica, cultural e espacial.

Destacamos em tal princípio o aspecto social, político, econômico e demográfico, principalmente no que tange ao processo de planejamento e gestão das cidades.

### 2.3 Princípio do Poluidor Pagador

O Princípio do Poluidor Pagador se originou da ideia de que o mercado não pode atuar de maneira livre em detrimento da qualidade ambiental. Assim, as pessoas físicas ou jurídicas devem pagar os custos das medidas necessárias para eliminar a contaminação que causarem ao meio ambiente.

Distingue-se da responsabilidade civil tradicional, porque, além de se tratar de responsabilidade objetiva, está baseado na solidariedade social e na preservação ambiental mediante a imposição da carga pelos custos ambientais nos produtos e consumidores. Como diz Antunes (2004, p. 41):

Os recursos ambientais, como água e ar, em função de sua natureza pública, sempre que forem prejudicados ou poluídos, implicam em custo público para a sua recuperação e limpeza. Este custo público é suportado por toda a sociedade. Economicamente, este custo representa um subsídio ao poluidor e o princípio busca eliminar ou reduzir tal subsídio a valores insignificantes.

Não se objetiva tão somente a reparação e o resarcimento monetário; tal qual na teoria da responsabilidade civil, vai buscar corrigir o transtorno ambiental, que envolve os custos relativos à implementação de medidas de prevenção, que devem ser suportados pelo poluidor, competindo ao Poder Público aplicar as sanções previstas em lei. O essencial é tentar recompor o bem ambiental

degradado, admitindo-se, em sua impossibilidade, o resarcimento. Por isso a questão do poluidor pagador.

Essa ideia foi bastante difundida na Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, na Conferência Rio-92, estabelecendo, no Direito Internacional, que os Estados devem desenvolver legislação no sentido da responsabilidade e indenização das vítimas de poluição e outros danos ambientais, além de cooperar para o desenvolvimento de normas de direito internacional ambiental referentes a tais questões.

## **2.4 Princípios da Precaução e da Prevenção**

O Princípio da Precaução determina que não se produzam intervenções sem ter certeza de que estas não serão adversas ao meio ambiente. É questão muito difundida no estudo prévio do impacto ambiental, porque não adianta tomar uma medida para só depois verificar se causou dano, pois este pode ser irreversível.

O Princípio da Prevenção, por seu lado, aplica-se aos impactos ambientais já conhecidos, no caso concreto. Ambos se complementam, pois pela prevenção se pode cientificamente obter informações sobre a periculosidade e o risco fornecido pela atividade e o potencial lesivo a ser controlado pelo Princípio da Precaução.

Ademais, a ausência de certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental (Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro, firmada na Conferência Rio-92).

## **2.5 Princípio da Participação**

Por este princípio, para que haja participação efetiva nas questões ambientais, é necessário que a sociedade possua educação e informação ambiental, isto é, uma consciência ecológica.

A Declaração de Estocolmo (1972) já alavancou tal princípio. Na Conferência do Rio de Janeiro (1992), foram aprovados documentos como a Carta da Terra, a Declaração sobre Florestas, a Convenção sobre Diversidade Biológica, a Agenda 21 (conjunto de diretrizes a serem efetivadas no século XXI para garantir o desenvolvimento sustentável), entre outros; todos com princípios relacionados à informação e participação popular.

E, no Brasil, foi promulgada a Lei nº 9.795/99, uma lei específica sobre Educação Ambiental, dando a todos o direito ao conhecimento sobre a conservação do meio ambiente, através do Poder Público, meios de comunicação em massa, empresas, entidades de classe, instituições públicas e privadas.

## 2.6 Princípio da Ubiquidade

O objeto da proteção do meio ambiente deve ser analisado em toda política, atuação, atividade ou obra de significativo impacto, a fim de evitar degradação ambiental. Como afirma Fiorillo (2002, p. 42):

Visa demonstrar qual é o objeto de proteção do meio ambiente, quando tratarmos dos direitos humanos, pois toda atividade, legiferante ou política, sobre qualquer tema ou obra deve levar em conta a preservação da vida e, principalmente, da sua qualidade.

O licenciamento ambiental está interligado a este princípio. O EIA/RIMA constitui um dos mais importantes instrumentos de proteção do meio ambiente. O Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) visa dar conhecimento público ao Estudo de Impacto Ambiental (EIA), tendo em vista que este é elaborado à base de critérios técnicos.

Em termos práticos, é uma análise da situação presente, comparando-a com as alterações ocorridas após a implantação do projeto, com a previsão de eventuais impactos e danos em potencial, como também indicação de medidas mitigadoras dos impactos previstos e a elaboração de um monitoramento e acompanhamento.

## 3 A norma constitucional ambiental

Para Silva (1997), a Constituição Federal de 1988 é eminentemente ambientalista, vindo institucionalizar a política do meio ambiente, com preceitos e diretrizes básicas, ou seja, princípios e regras, a serem seguidos pelo Estado e pela população.

Também o Ministério Públíco foi legitimado para agir em defesa do meio ambiente, além de apresentar alguns remédios jurídicos, tais como Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Segurança Coletivo e Mandado de Injunção.

O núcleo normativo está disposto no art. 225, CF/88:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Públíco e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Segundo a Constituição, para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Públíco preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies

e ecossistemas; preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

Na questão espacial, definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através da lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Quanto ao impacto ambiental, exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; controlar a produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente. E, destaque-se, promover a educação ambiental e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Além disso, aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

### **3.1 Algumas leis ambientais regulamentadoras de disposições constitucionais**

Todas essas disposições constitucionais são ou estão sendo regulamentadas em leis próprias, tais como o Código Florestal; a Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98); a Lei nº 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC); o Estatuto da Cidade; a Lei da Biodiversidade; a Lei dos Resíduos Sólidos; entre outras.

Há de se destacar a Lei nº 9.605/98, Lei dos Crimes Ambientais, que veio tipificar, por exemplo, ilícitos penais cometidos contra a fauna e a flora, um instrumento de suma importância na proteção do meio ambiente, que antes não tinha uma legislação penal específica sobre o tema.

Pela Lei da Biodiversidade (Lei nº 11.105/05), foram estabelecidas normas de segurança e fiscalização sobre os organismos

geneticamente modificados e seus derivados, além do estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, observando-se o Princípio da Precaução. Assim, são fiscalizadas pelo Governo Federal, assessorado pelo Conselho Nacional de Biossegurança e pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), as atividades genéticas, tais como engenharia genética em organismos vivos, mutações genéticas em alimentos e outros materiais biológicos que podem trazer riscos ao meio ambiente.

Pela Lei nº 9.985/2000 foram disciplinadas as unidades de conservação da natureza, que são as Unidades de Proteção Integral, compostas pelas Estações Ecológicas, Reservas Biológicas, Parques Nacionais, Monumentos Nacionais e Refúgios de Vida Silvestre; e as Unidades de Uso Sustentável, divididas em Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural.

Também importante foi a promulgação da Lei nº 12.305/10, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS). Tem como princípio a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, abrangendo fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, além de consumidores e titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.

Está estabelecido na legislação o papel do consumidor no processo de emissão e coleta de resíduos, no sentido de acondicionar adequadamente os resíduos reutilizáveis e recicláveis sempre que houver o sistema de logística reversa (reciclagem) ou de coleta seletiva implantado pelos municípios. Depois de utilizados, os produtos referidos e os seus resíduos (lixo que pode ser reaproveitado ou reciclado) deverão ser devolvidos pelos consumidores aos fornecedores que terão a missão de destiná-los de forma correta independentemente do sistema público de coleta de resíduos.

Conforme informação do Governo Federal, há previsão de investimentos da ordem de R\$ 1,5 bilhão em projetos de tratamento de resíduos sólidos, na substituição de lixões e implantação da coleta seletiva e no financiamento de cooperativas de catadores (CICLO VIVO, 2011).

### **3.2 Competência em matéria ambiental na Constituição Brasileira**

A questão ambiental e, particularmente, a política urbana estão dispostas na Constituição Brasileira de 1988. São vários artigos definindo competência dos diversos entes da Federação.

No artigo 24 da Constituição está definida competência concorrente em matéria ambiental. Essa competência determina o modelo em que cada estado formalizará sua legislação, atendendo às normas gerais da União ou, enquanto não for editada a norma geral, os estados poderão legislar livremente. Editada a norma geral, a norma estadual terá que se adequar àquela promulgada pela União.

O artigo 30 atribui competência ao município para legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e estadual no que couber; promover adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso do parcelamento e da ocupação do solo urbano; promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observando-se a ação fiscalizadora federal e estadual. Silva (1997, p. 16) discorre sobre o tema:

A repartição de competência se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União previstos nos arts. 21 e 22, com poderes remanescentes para os Estados (art. 25, §1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (arts. 29 e 30), mas combina, com essa reserva de campos específicos, áreas comuns em que se prevêem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes entre a União e Estados em que há competência para estabelecer políticas gerais. Diretrizes gerais e normas gerais cabem à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar (art. 24 e 30).

As competências constitucionais podem ser divididas em material e legislativa. A material consiste no direito/dever do ente federado, na prestação de serviço público e de atividades à coletividade e é exercida de forma comum ou privativa, não se confundindo com a competência legislativa.

Destarte, a competência comum é puramente administrativa. Como diz Cretella Júnior (1992, p. 1740), um “auxílio recíproco disciplinado por normas veiculadas por lei complementar federal”. Visa dar efetividade ao federalismo cooperativo, que já vinha surgindo no constitucionalismo brasileiro desde a Carta Magna de 1946, como sustenta Moreira Neto (1999, p. 29), chamando-o de neofederalismo brasileiro, um federalismo de cooperação em três graus.

A competência comum atribui a todos os entes governamentais, conjuntamente e no mesmo nível de igualdade com a prática de determinados atos administrativos, na mesma matéria.

O princípio que conduz a repartição de competência entre as entidades que compõem o Estado federal é o da Predominância do Interesse, pelo qual à União cabem as matérias e questões de

interesse geral, nacional; aos estados, as de interesse regional; e aos municípios, as de interesse local.

Desde a Constituição de 1891 até a de 1967, a competência para legislar sobre recursos naturais, tais como minas e terras; riquezas do subsolo, mineração, água, energia elétrica, flores, caça e pesca, jazidas, entre outros, era exclusiva da União. Com a Constituição de 1988, a proteção do meio ambiente e a preservação das florestas, da fauna e da flora passaram a ser de competência administrativa comum também dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (art. 23).

Cabe, do mesmo modo, à União, em caráter concorrente, competência para legislar sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI).

O estado pode legislar sobre os assuntos já referidos, complementando as normas federais, no que atender às suas peculiaridades, mas não podendo haver extração de competência. Por exemplo, na Lei nº 6.938/81, recepcionada pela Constituição Federal, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, o estado tem função importante para o controle das atividades poluidoras, realizando o licenciamento ambiental, através do poder de polícia da Administração Pública.

Quanto aos municípios, poderão estabelecer normas supletivas e complementares e padrões relacionados ao meio ambiente, desde que observadas as normas federais e estaduais. A legislação oferece os instrumentos através dos quais os municípios brasileiros têm competência para legislar, mesmo que supletivamente, em termos de normas ambientais, além do regramento de uso e ocupação do solo urbano, para viabilizar o desenvolvimento de cidades com melhores condições ambientais.

No caso brasileiro, os municípios, na sua grande maioria, têm gravíssimos problemas de cunho ambiental para resolver tanto nas áreas urbanas quanto nas rurais.

Nas cidades há o problema do lixo, do tratamento da água potável, da ocupação do solo em relação aos mananciais, consequências da insuficiência do sistema de saúde pública e educação, problemas de esgotos sanitários, de indústrias e comércio poluidores, de fiscalização insuficiente etc. Nas áreas rurais, os municípios encontram problemas, tais como desmatamentos irregulares, depredação do solo, poluição dos rios, mau zoneamento populacional, poluição por agrotóxicos etc.

O zoneamento ambiental é um procedimento urbanístico, conforme Silva (1997, p. 182), que tem por objetivo “regular o uso da propriedade do solo e dos edifícios em áreas homogêneas no interesse coletivo”. Tem, portanto, a função de repartir adequadamente

o solo urbano municipal e a designação de seu uso, evitando a degradação do meio ambiente e prejuízos à população, que podem ocorrer, por exemplo, em decorrência da especulação imobiliária desenfreada, atingindo áreas verdes, zona da praia, entre outras questões a que o Poder Público deve estar atento para planejar adequadamente a ocupação do solo.

Aliás, por sua importância na divisão política e pelo fato de estar mais perto dos problemas, deve ele incluir cada vez mais em sua gestão a preocupação com o meio ambiente, relacionando-a ao planejamento estratégico de expansão e utilização dos espaços urbanos, porque este é um problema de sustentabilidade, de importância internacional, como veremos a seguir.

#### **4 O Direito Internacional Ambiental**

A partir da década de 70, foi crescendo a consciência de que os níveis de modificação do meio ambiente, principalmente nos grandes conglomerados urbanos, têm tido reflexos no desenvolvimento social e econômico.

Conforme Husek (2006, p.272), o meio ambiente internacional tem suas ligações com os aspectos internacionais do homem e com as relações econômicas internacionais, na sua compreensão maior do Direito Internacional do Desenvolvimento, na responsabilidade dos países ricos e pobres pela erradicação da pobreza, no aproveitamento inteligente dos recursos naturais e na consequente proteção ao meio ambiente, que compreende as relações entre a biosfera e o seu meio circundante.

A Organização das Nações Unidas patrocinou, em 1972, a primeira conferência específica sobre Meio Ambiente Humano, quando se discutiram critérios para a preservação e melhoria do meio ambiente humano ligados ao desenvolvimento. Teve a presença de representantes de 113 países e 250 organizações não governamentais. Adotou-se o termo ecodesenvolvimento, ou seja, o desenvolvimento com uso adequado e racional dos recursos naturais com recursos tecnológicos adequados, respeitando-se os ecossistemas naturais, utilizando-os segundo as necessidades humanas e mantendo a qualidade de vida para as gerações futuras. Foi marcada pelo confronto entre as perspectivas dos países desenvolvidos e dos países em desenvolvimento. Como resultado, foi produzida a Declaração sobre o Meio Ambiente Humano.

Em 1983, a Assembleia Geral da ONU criou uma Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que publicou um relatório apontando, já naquela época, quase trinta anos atrás,

os principais problemas ambientais, assim resumidos por Guerra e Guerra (2005, p. 20):

- a) Poluição ambiental, emissões de carbono e mudanças climáticas, poluição da atmosfera, poluição da água, dos efeitos nocivos dos produtos químicos e dos rejeitos nocivos, dos rejeitos radioativos e a poluição das águas interiores e costeiras;
- b) Diminuição dos recursos naturais, como a diminuição das florestas, perdas de recursos genéticos, perda de pasto, erosão do solo e desertificação, mau uso de energia, uso deficiente das águas de superfície, diminuição e degradação das águas freáticas, diminuição dos recursos vivos do mar;
- c) Problemas de natureza social, tais como: uso da terra e sua ocupação, abrigo, suprimento de água, serviços sanitários, sociais e educativos e a administração do crescimento urbano acelerado

A crise ambiental tornou-se tão relevante em todo o mundo que se estruturou um Direito Internacional Ambiental, como consequência do modelo de crescimento econômico e demográfico no século XX. Para Soares (2001, p. 46), os principais fatores que desencadearam o moderno Direito Internacional do Meio Ambiente foram:

- a) A questão da poluição fronteiriça, que tomou uma dupla forma, a de águas doces dos rios e lagos internacionais e a poluição atmosférica trazida pelas correntes de ar, fenômenos esses que, por sua natureza, não conhecem fronteiras físicas e políticas entre Estados; e
- b) A questão da poluição crescente e desenfreada dos mares e oceanos, por meio das três formas detectadas:
  1. Alijamentos deliberados dos reffugos, em geral na forma de óleos usados provenientes dos navios ou de indústria;
  2. Deposição, em suas águas, de cinzas provenientes de queima em alto-mar de rejeitos industriais;
  3. A denominada 'poluição telúrica', aquela carregada pelas águas doces, que servem de desaguadouro dos rejeitos altamente tóxicos industriais não recicláveis.

Os limites de suportabilidade do planeta estão sendo percebidos com o desaparecimento de espécies da fauna e flora, desertificação, aquecimento da atmosfera, mudanças climáticas, diminuição da camada de ozônio, probabilidade de colapso no abastecimento de água, além de efeito estufa, redução da biodiversidade, tratamento inadequado do lixo e resíduos industriais, poluição do solo, da água e do ar, entre outros fatores.

O Direito Internacional Público encontra-se em processo de contínua expansão, através da celebração de tratados e acordos ambientais. Castro (2003, p. 707) afirma que, em virtude da vocação internacionalista da matéria, o controle da poluição terrestre depende da formulação e execução de políticas em nível supranacional, além do que os danos são capazes de afetar vários países ao mesmo tempo e pôr em risco o equilíbrio do ecossistema em escala planetária. Por isso, consolidou-se em definitivo o Direito Internacional Ambiental, relevante ramo do Direito Internacional Público, que regula os aspectos relacionados ao meio ambiente que dependem da ação livre da pessoa humana e cuja regulamentação ultrapassa o interesse de um único Estado (GUERRA; GUERRA, 2005, p. 215). Até mesmo porque, em sua formulação moderna, certos fenômenos e problemas ambientais desconhecem fronteiras, ou, ocorrendo dentro do território de um Estado, exigem regulamentação e/ou ação internacional, de interesse de toda a humanidade.

Em 1982 ocorreu em Nairóbi, no Quênia, um encontro para a formação de uma Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento, para se fazer uma avaliação dos dez anos da Conferência de Estocolmo.

Em 1987 foi expedido pela ONU o relatório *Nosso Futuro Comum*, sendo uma de suas principais recomendações a realização de uma conferência mundial que abordasse todos os assuntos ali levantados. Nesse documento foi definido pela primeira vez “desenvolvimento sustentável”, como o desenvolvimento que atende a geração atual sem comprometer as necessidades das futuras gerações.

#### **4.1 A Conferência Rio-92**

Em 1992, realizou-se no Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, no período de 3 a 14 de junho de 1992, ficando conhecida como ECO-92, Rio-92 ou Cúpula da Terra.

Essa conferência, de grande importância no Direito Internacional Ambiental, possibilitou a abertura de um diálogo multilateral, colocando-se os interesses globais como principal preocupação.

Foram produzidos documentos importantes, como a Agenda 21, a Declaração do Rio, a Declaração de Princípios sobre Florestas, a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção sobre Mudanças Climáticas, definindo-se as políticas essenciais para um modelo de desenvolvimento sustentável que atendesse às necessidades de todos.

A Agenda 21 foi o mais importante documento produzido pela Rio-92 e é considerada a mais abrangente tentativa de promover novo padrão de desenvolvimento em nível mundial, conciliando-se métodos de proteção ambiental com justiça social e eficiência econômica. Discutiu-se também a geração de emprego e renda, mudança nos padrões de produção e consumo, adoção de novos modelos de produção e gestão.

A Convenção do Clima proponha adotar políticas que promovessem tecnologias menos poluentes, reduzir as emissões do setor agrícola, desenvolver programas que protegessem os cidadãos e a economia contra impactos da mudança do clima, apoiar pesquisas sobre o sistema climático e promover a conscientização pública sobre essa questão.

A Convenção sobre Biodiversidade proponha a transferência de recursos obtidos com a exploração e comercialização dos recursos naturais para o local de origem, para investimento em programas de preservação e de educação ambiental. Foi um acordo aprovado por 156 países e ratificado pelo Congresso Nacional Brasileiro e entrou em vigor no final de 1993. Dos 175 países signatários da Agenda 21, 168 confirmaram sua posição de respeitar a Convenção sobre Biodiversidade. Foram definidos princípios como o do “poluidor pagador” e de “padrões sustentáveis de produção e consumo”, estabelecendo-se objetivos de sustentabilidade em diversas áreas, com a participação inclusive de organizações não governamentais.

Na Rio-92 foi criada a Convenção-Quadro da ONU sobre Mudanças Climáticas, que é debatida ano a ano pelos países signatários na Conferência das Partes ou COP, que é o órgão supremo da Convenção. As COPs entraram em vigor no ano de 1994, sendo a primeira realizada na Alemanha, em 1995, com reuniões anuais para discussão sobre a questão climática mundial. A seguir, destacaremos as duas últimas, a COP 15 e a COP 16.

A COP 15 ocorreu em 2009 na Dinamarca. Os países que não participaram das negociações do texto sugerido por Barack Obama (que representa EUA e UE) e pelos BASICs (Brasil, África do Sul, Índia e China) se negaram a aceitar o acordo proposto e alegaram que o princípio de igualdade nas Nações Unidas estava sendo violado. O documento não tem qualquer valor jurídico – ao contrário do Protocolo de Quioto. A meta de redução de emissões para os países desenvolvidos deve ser de 80% até o ano de 2050, mas não há qualquer meta para 2020, apenas a intenção de manter o aumento de temperatura do planeta até 2 graus. Os países deveriam fazer inventários de emissões de dois em dois anos, sendo que a verificação seria feita por meio de análises e consultas internacionais (DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, 2009).

A Conferência das Partes, promovida pela ONU (COP 16), realizou-se no México, em dezembro de 2010. A Bolívia apontou que as condições colocadas no texto fariam o clima aumentar em até 4 graus sua temperatura, o que seria inaceitável. O país disse que não subscreveria o pacote. As propostas aprovadas em Cancún não têm caráter vinculante (de cumprimento obrigatório) nem fazem com que países assumam novas metas concretas de redução de emissões. A Conferência afirmou, a exemplo do Acordo de Copenhague, que os países desenvolvidos devem financiar ações de redução de emissões e adaptação às mudanças climáticas nos países em desenvolvimento no valor de US\$ 30 bilhões até 2012. Propõe ainda a formação de um fundo climático de US\$ 100 bilhões ao ano até 2020.

A renovação do Protocolo de Quioto foi um ponto defendido pelo Brasil, assim como por todo o G77, grupo dos países em desenvolvimento do qual faz parte, para que não haja um período sem metas de redução de emissões de gases estufa. A discussão sobre a continuidade do acordo foi uma das mais acirradas na COP 16. Japão, Canadá e Rússia não queriam sua continuidade. O país asiático declarou não ver sentido num novo período de compromisso sob esse acordo, já que ele não se aplica à China e EUA, os dois maiores emissores de gases estufa (G1, 2010).

Estão previstas a COP 17, a se realizar em dezembro de 2011 na África do Sul, e a COP 18, a ser realizada na Ásia, em país ainda não definido.

## **4.2 Outras conferências e protocolos da ONU em matéria climática**

Para avaliar os cinco primeiros anos do cumprimento da Agenda 21, realizou-se em Nova Iorque, em 1997, a 19ª Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas, conhecida como Rio+5. Além de ter identificado as dificuldades relativas à implementação daquele documento, definiu prioridades de ação para os anos seguintes. O documento final incorporou uma Declaração de Compromisso, em que ficou reiterado o compromisso dos países participantes com os princípios e programas da Declaração do Rio e da Agenda 21.

### **4.2.1 O Protocolo de Quioto**

Outro marco importante em matéria ambiental foi o Protocolo de Quioto, em 1997, que é um acordo internacional para reduzir as emissões de gases estufa e garantir um modelo de desenvol-

vimento limpo. O documento prevê que entre 2008 e 2012 os países desenvolvidos reduzam suas emissões em 5,2% em relação aos níveis medidos em 1990. O tratado foi assinado por 189 nações, entrando em vigor em 2005.

Entretanto, os Estados Unidos, responsáveis por mais de 35% das emissões de gases, se negaram a participar do acordo sem que fossem feitas alterações nas medidas exigidas. Outros países desenvolvidos também apresentaram oposição ao Protocolo. Um dos principais motivos apresentados é que os países mais industrializados seriam obrigados a reduzir as emissões, enquanto os países em desenvolvimento não teriam nenhuma obrigação, tais como Brasil, Índia e China, que também emitem grandes quantidades de gases poluentes.

Além disso, sinalizou-se com a necessidade de mudança dos sistemas energéticos e das fontes renováveis de energia, posto que as baseadas em energia não renovável e contaminante (petróleo, carvão e gás) são utilizadas de forma excessiva, com desperdício, e podem findar, entrando o sistema em colapso mundial.

Assim, o Protocolo de Quioto não trouxe os resultados esperados, principalmente devido à resistência de alguns países ao processo de mudança. Tal protocolo expira em 2012, e as nações já sinalizam com um novo acordo internacional para substituí-lo. No final de 2007, na 13ª Conferência da ONU sobre mudanças climáticas, realizada em Bali, na Indonésia, os 187 países participantes iniciaram negociações para formular o substituto do Protocolo de Quioto, que deverá entrar em vigor no ano 2013.

#### **4.2.2 A Conferência de Joanesburgo**

Em 2002 houve a Conferência de Joanesburgo, chamada de Rio+10, que procurou a adoção de medidas concretas para a adoção da Agenda 21.

Foram avaliados os avanços obtidos e firmadas metas a fim de garantir a sustentabilidade ambiental, o clima, a energia, a biodiversidade, água e saneamento e alimentos transgênicos, propondo-se que regiões com fome crônica teriam acesso a esse tipo de alimento, sendo motivo de acirrada polêmica; além da proteção à pesca e aos oceanos, com a previsão de áreas de proteção marinha e a abolição imediata de qualquer subsíduo à atividade pesqueira irregular (TIERRAMÉRICA, 2002).

#### **4.3 A Conferência Rio 2012**

A ONU designou uma nova Conferência no Rio de Janeiro a se realizar em 2012, Será a Rio+20, que terá como tema “Economia verde, desenvolvimento sustentável e erradicação da pobreza”.

O evento está confirmado para acontecer de 4 a 6 junho de 2012, na capital fluminense. A conferência vai marcar os vinte anos da Eco 92, que também ficou conhecida como Cúpula da Terra ou Rio 92.

De acordo com o embaixador Luiz Alberto Figueiredo Machado, diretor-geral do Departamento de Meio Ambiente do Ministério das Relações Exteriores (DW, 2011):

O grande desafio é resgatar tudo que foi feito na ECO 92, reafirmar o engajamento com essa agenda e termos uma visão de futuro cada vez mais integradora dos três pilares do desenvolvimento sustentável: a união do social, do econômico e da natureza. O Brasil é quase todo abastecido por energia hidráulica e o biocombustível abastecendo uma grande frota de automóveis, já é possível notar que o Brasil é "verde". (...) Nós queremos que a Rio 2012 seja muito mais ampla que qualquer COP, onde é discutido basicamente clima. Vamos olhar e repensar o desenvolvimento como um todo.

Ademais, em 2012, completar-se-á quarenta anos da primeira conferência sobre clima, realizada em Estocolmo, no ano de 1972, ponto de partida de toda essa história de debates e protocolos internacionais acerca de meio ambiente.

#### **4.4 Habitat I, Habitat II e o Fórum Social Mundial**

Quanto aos assentamentos humanos, a ONU instituiu o Programa Habitat, cuja primeira conferência foi realizada em Vancouver, Canadá, no ano de 1976, quando se formulou a Agenda Habitat, cujo objetivo é reduzir a pobreza e promover o desenvolvimento sustentável dentro de um contexto em que o mundo avança aceleradamente para a urbanização. Naquela época,creditava-se que os Estados nacionais fortes conduziriam processos de desenvolvimentos capazes de superar os problemas urbanos existentes.

No Habitat II, em Istambul, Turquia, em 1996, se discutiu a situação habitacional nos países a partir do Habitat I e se verificou que não houve grandes mudanças; pelo contrário, houve agravamento da situação. Habitação e saneamento são alguns dos problemas mais graves das áreas urbanas em grande parte do mundo. Sobre o assunto, vale transcrever a análise de Rolnik (1996):

Hoje, o termo sustentável adjetiva o termo desenvolvimento a cada vez que este aparece em um texto da conferência. [...] Entretanto, duas imagens parecem emergir com força. Uma, que aproxima os temas ambientais do Primeiro Mundo àqueles dos países po-

bres: a poluição do ar e das águas, o destino do lixo e dos dejetos urbanos, a deterioração da cidade causada pelos automóveis não são mais temas apenas de cidades européias e norte-americanas. Outra, que os afasta: nas cidades pobres (ou cidades do Sul, na linguagem da Conferência), os problemas ambientais estão intimamente ligados aos sociais e não podem de forma alguma ser tratados separadamente. No Brasil, esta afirmação é mais que conhecida, é vivida. As enchentes e desmoronamentos nos períodos de chuva, arrastando casas e famílias, as favelas sobre mangues e lixões e outros tantos exemplos de cenas urbanas recorrentes entrelaçaram a fragilidade ambiental com a vulnerabilidade social. Para as cidades brasileiras, portanto, uma agenda urbano-ambiental centrada na sustentabilidade passa pelo enfrentamento difícil, mas inevitável, da questão social. Istambul ou Habitat II é para nós, até este momento, um espelho no qual nos enxergamos aos olhos do mundo. Que se transforme, a partir das respostas que conseguirmos dar aos temas da agenda, em plataforma a partir da qual nos lançamos na construção da cidade do futuro.

Em 2001, foi realizado no Brasil, em Porto Alegre, o Fórum Social Mundial, chamado de Istambul+5, onde foi ratificada a Agenda Habitat, em busca de melhoria dos assentamentos humanos nas cidades. A arquiteta Eugênia Maricato fez as seguintes propostas para a situação da moradia no Brasil:

A proposta é que, primeiro: haja uma lei normativa universal, ou seja, se aplique à cidade toda. Segundo: que oriente os investimentos. Terceiro: que oriente a gestão, para que não haja distância entre plano e gestão, entre discurso e prática, entre lei e ação. E, finalmente, a fiscalização, que vai ser um problema sério. Como é que vamos fazer cumprir as leis de proteção ambiental nas cidades? Se fizéssemos cumprir as leis ambientais nas cidades, teríamos uma guerra civil. Teríamos que desalojar 2 milhões de pessoas na cidade de São Paulo. Tirar de uma bacia de manancial 600 mil pessoas que ali moram ilegalmente. Como é que vamos cumprir a lei? Só ampliando o mercado e fazendo políticas sociais. E apresenta alguns números em relação a essas moradias irregulares. No Rio de Janeiro, mais ou menos 20%; Fortaleza, 28%; Belo Horizonte, 20%; Salvador, 33%; Porto Alegre, mais ou menos 20%; Recife, 40%; e São Paulo, seguramente, acima de 20%. [...] Por esses dados, vê-se que quase 80% da população moradora de favela estão situados em nove regiões metropolitanas (Comciência, 2002).

Em relação ao impacto humano no ambiente, pensa-se frequentemente em termos de números da população e do seu cresci-

mento total nas cidades, como também a densidade e a distribuição e a sua composição em termos de idade, sexo, exercício da atividade econômica, por exemplo. Há uma tendência global generalizada de incremento populacional urbano.

O crescimento demográfico e a tendência à urbanização, somados a políticas públicas inconsistentes, ao despreparo e inadequação do planejamento urbano e rural, têm resultado no aumento da degradação das condições sociais e econômicas das pessoas, principalmente nas cidades e suas periferias, o que tem causado falta de serviços públicos, como o saneamento básico, alto índice de poluição ambiental e destruição de áreas verdes.

O direito à moradia adequada é reconhecido pela comunidade internacional desde a sua inclusão, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Mais do que uma necessidade, a moradia pode ser considerada como um direito humano. Em 2000, o direito à moradia foi erigido à categoria de direito constitucional, pela Emenda Constitucional nº 26, já como influência do Direito Internacional Ambiental, que percebia a moradia como um dos grandes problemas das políticas urbanas nos países. O Brasil foi um dos primeiros países a dar esse destaque ao direito à moradia.

No entanto, o problema urbano não se restringe à moradia. Existem outros fatores a serem analisados e solucionados para um meio urbano de melhor qualidade e sustentabilidade.

## **5 A política urbana segundo a legislação brasileira**

Na Constituição Federal de 1988, os artigos 182 e 183 determinam a política de desenvolvimento urbano, que deve ser executada pelos municípios, em consonância com diretrizes gerais fixadas em lei, e tem como objetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades e a garantia do bem-estar de seus habitantes.

No entanto, faltava uma regulamentação para os artigos 182 e 183, o que veio através do Estatuto da Cidade, em 2001, considerado pela doutrina um poderoso instrumento legal de planejamento urbano, de forma a assegurar o direito humano fundamental à moradia, mas também promover o desenvolvimento sustentável das cidades.

### **5.1 O Estatuto da Cidade**

O Estatuto da Cidade é a norma de Política Nacional de Desenvolvimento Urbano que regulamenta o capítulo de Política Urbana da Constituição Federal de 1988, disposta nos artigos 182 e 183. Sua importância é dispor sobre instrumentos para o planejamento urbano, delegando aos municípios e seus Planos Diretores a

tarefa de definir, em âmbito local, as condições do cumprimento da função social da propriedade e da própria cidade. Antes, não se tinha um regramento definido. Alguns municípios eram obrigados a ter um Plano Diretor, outros não, e as cidades continuavam a crescer de maneira descontrolada e sem planejamento.

Exercendo sua competência em Direito Urbanístico, a União promulgou o Estatuto da Cidade, que tem por finalidade promover o planejamento urbano de forma sustentável, melhorando a qualidade de vida das pessoas que moram em aglomerados urbanos e em cidades. Silva (1997, p. 19) assevera que nas cidades devem estar presentes quatro requisitos:

1- densidade demográfica específica; 2- profissões urbanas como comércio e manufaturas, com suficiente diversificação; 3- economia urbana permanente, com relações especiais com o meio rural; 4- existência de camada urbana com produção, consumo e direitos próprios.

A definição de Meirelles (1994, p. 379) resume a tarefa primordial do urbanismo, que é resolver os problemas e conflitos ocorridos na cidade:

Urbanismo é o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade, entendido como espaços habitáveis, todas as áreas em que o homem exerce coletivamente qualquer das quatro funções sociais: habitação, trabalho, circulação e recriação.

A Constituição de 1988 espelha esse ideal da sociedade ao definir que os objetivos da política de desenvolvimento urbano são as funções sociais da cidade e o bem-estar dos cidadãos. Após, o Estatuto da Cidade veio instituir expressamente esse direito à sustentabilidade urbana, definindo em seu artigo 2º, inciso I:

A garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Segundo as diretrizes do Estatuto da Cidade, os Planos Diretores devem contar com a participação popular, não só em seu processo de elaboração e votação, mas, principalmente, na implementação e gestão das decisões.

Nessa última recomendação referida vê-se que as questões ambientais têm de ser avaliadas segundo as diretrizes de

sustentabilidade da Agenda 21, o que inclui diretamente o desenvolvimento urbano e, em consequência, o direito à moradia, que pode ser assegurado com o devido planejamento da expansão urbana, de modo a assegurar qualidade de vida para a população atual e futura que habita a cidade.

Essa política de desenvolvimento urbano passou a ter uma legislação específica que disciplina a sua execução, através de diretrizes fixadas no art. 2º da Lei nº 10.257/01.

Para conseguir efetivar todo o acima exposto, além de atender aos direitos humanos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, que são os relativos à vida, à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o artigo 4º traz e introduz também instrumentos da política urbana.

Pode-se perceber que o Estatuto da Cidade é uma norma que inova no que tange à administração pública e à sua instrumentalização jurídica, revelando o enorme cuidado com o meio ambiente local.

A estrutura normativa é bastante definida em busca de cidades mais organizadas, planejadas, menos poluídas, com mais área verde, melhor qualidade de vida para seus habitantes do presente e das futuras gerações.

O arquiteto e urbanista Benny Schvarsberg, da Universidade de Brasília (DESENVOLVIMENTO URBANO, 2011), afirma que o Estatuto da Cidade é democrático e avançou na promoção da justiça social, como o direito à moradia, “mas critica a falta de uma política nacional de desenvolvimento urbano, em que haja um fundo com recursos e conselhos participativos”. Considera o Programa Minha Casa Minha Vida “um avanço no sentido da alocação de recursos, mas que peca se forem construídos em locais desintegrados da cidade e sem a oferta de serviços públicos”.

## **5.2 Questões práticas sobre o Estatuto da Cidade**

Ressalte-se que alguns dos instrumentos mencionados no Estatuto já eram garantidos pela Constituição Federal de 1988, como o IPTU progressivo (artigo 156) e o instituto usucapião especial urbano (Constituição Federal de 1988, artigo 183), tratado pelos artigos 9º a 14 do Estatuto da Cidade, que disciplinam inclusive o usucapião especial coletivo de imóvel urbano.

Segundo Oliveira e Carvalho (2002), o Estatuto da Cidade relaciona algumas inovações, como o Direito de Superfície, que em 2003 vai se incorporar ao Direito Civil.

DINIZ (2002, p.410) define o direito de superfície:

é um direito real de fruição sobre coisa alheia visto que não atinge a propriedade do dono do solo, por afastar a acessão, consagrada no artigo 1253 do Código Civil, pelo qual tudo que se acrescentar ao solo deverá pertencer ao seu proprietário (*superfícies solo cedit*). Assim sendo, a propriedade superficiária é a exceção ao princípio de que o acessório acompanha o principal, pois a lei concede ao superficiário um direito real sobre construção ou plantação feita em terreno alheio, utilizando sua superfície.

Também se pode destacar o Direito de Preempção, dando preferência de aquisição de imóvel urbano ao Poder Público para regularização fundiária, execução de programas habitacionais, criação de espaços públicos de lazer, áreas verdes e de interesse de conservação ambiental, entre outros. Por exemplo, o município delimita que área pode ser utilizada para assentamento de população de baixa renda, edita uma lei e o proprietário ao vender sua propriedade terá que dar preferência ao município.

É prevista a Outorga Onerosa do Direito de Construir, nos artigos 28 a 31, pela qual o Plano Diretor pode fixar áreas nas quais o direito de construir pode ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, sendo este a relação entre a área edificável e a área do terreno. Na sua origem, tinha por objetivo evitar que os índices urbanísticos supervalorizassem algumas áreas.

Assim, é importante que o município tenha seus coeficientes alinhados de acordo com os objetivos que possui para cada área da cidade, ou seja, onde é possível adensar. Em áreas onde não é desejável tornar a urbanização mais densa, deve-se manter o índice baixo. Dessa forma, são incentivadas as construções onde há interesse em tornar a área mais construída e também preservar as áreas que não devem ser adensadas a curto prazo, tais como as áreas de expansão urbana.

Destarte, em um determinado município a construção de edifícios pode ser gratuita até o limite definido pelo coeficiente básico de cada zona de uso. Entretanto, pode haver a possibilidade de se construir acima do permitido pelo coeficiente básico até o limite do coeficiente máximo de cada zona mediante a outorga onerosa do direito de construir.

Por exemplo, na capital paulistana, conforme informação no sítio da Prefeitura, para cada um dos distritos que compõem a cidade de São Paulo foi definida uma área adicional de construção que pode ser obtida mediante pagamento. Os recursos da outorga onerosa são direcionados para o Fundo Municipal de Urbanização - FUNDURB - e utilizados na implantação de melhorias na cidade como um todo.

O Estatuto consente também que sejam definidas áreas onde seja permitida alteração de uso do solo mediante contrapartida do beneficiário. É um instrumento pelo qual se procura evitar a especulação imobiliária com glebas distantes da área urbana consolidada, transformando-as em loteamentos para aproveitar os preços mais baixos. Os recursos obtidos com esses dois institutos serão aplicados em ações descritas no art. 26, tais como projetos habitacionais de interesse social, criação de espaços públicos, criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental.

Deve ser ressaltada a introdução das Operações Consorciadas (art. 32/33), que são operações entre o Poder Público Municipal e a sociedade através das quais é possível autorizar a transferência do direito de construir quando o imóvel for considerado necessário para preservação de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural, entre outros.

No art. 35 há a previsão da transferência do direito de construir ou operação urbana interligada. Se o proprietário possui imóvel necessário para fins de implantação de equipamentos comunitários, preservação de interesse histórico, paisagístico, cultural, ou ocupação de área por população de baixa renda, pode obter do Poder Público o direito de construir em outro local ou alienar o seu direito de construir para outra pessoa. Utiliza-se tal instituto quando há interesse em preservar a área, mas quando não se justifica o tombamento, que é mais de cunho histórico.

E em sua parte de disposições gerais traz importantes artigos de cunho tributário, elencando também as ações em que o gestor pode ser incursa em improbidade administrativa.

Pelo Estatuto, considerando-se a função social da propriedade, o usucapião urbano particular e coletivo permitirá a distribuição de títulos de propriedades aos que moram há cinco anos em terrenos privados de até 250 metros quadrados, ininterruptamente, sem oposição, utilizando para sua moradia ou sua família, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. É o conhecido usucapião “*pro moradia*”.

Foram vetados os artigos que permitiam o usucapião urbano em terras públicas. Quanto à urbanização das favelas, que é um grave problema das cidades, o Estatuto aprovado no Congresso previa a regulamentação do usucapião (inclusive coletivo) para regularizar posses em terrenos privados e a concessão do direito real de uso para imóveis públicos ocupados por posseiros. Foram vetados também todos os artigos referentes à concessão.

Existem também grandes áreas, ocupadas por várias famílias, cuja dimensão supera os 250 metros quadrados. Assim, fica possibi-

litado que a área, como um todo, seja adquirida por todas as pessoas coletivamente, regularizando a situação dessas pessoas em relação ao imóvel, concedendo uma fração ideal de propriedade daquela propriedade por inteiro. É o usucapião coletivo.

Segundo o Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) – uma das mais importantes inovações do Estatuto da Cidade, na opinião de Oliveira e Carvalho (2002, p. 57) –, caso fique estabelecido pela autoridade pública que os empreendimentos possam causar transtornos para os vizinhos, a obra poderá ter a licença negada, utilizando-se o poder de polícia da Administração Pública.

Como alertam os doutrinadores, porém, o Estatuto da Cidade deve ser interpretado como um todo, e não por meio de cada instituto individualmente, porque visa usar a propriedade urbana em prol do bem coletivo, o bem-estar da cidade e o equilíbrio ambiental. Por isso a relação do Estatuto da Cidade com a problemática das questões ambientais, urbanísticas, sociais, econômicas e políticas.

Nas cidades brasileiras, identificam-se alguns dos agentes da degradação das condições ambientais. O primeiro parece ser a urbanização, sobretudo porque ocorreu de forma abrupta, sem qualquer planejamento ou cuidado com o meio ambiente natural, provocando efeitos negativos. Outro agente seriam as ocupações humanas, especialmente aquelas irregulares, quando vêm construindo a cidade por meio da ocupação de terrenos e morros e formação de favelas, consolidando habitats de segregação na cidade, muitos deles em áreas de interesse ambiental. A exploração de recursos naturais pelas indústrias é outro responsável por danos ao meio ambiente, especialmente quando as atividades são implementadas sem as necessárias medidas protetoras dos efeitos negativos do meio ambiente, agravando não só a poluição de água, ar e solo, mas também o ambiente construído das cidades.

Algumas práticas já têm sido postas em vigor, como o planejamento urbano, através do zoneamento urbano, leis de parcelamento de uso, ocupação do solo e o Plano Diretor; e o planejamento ambiental, buscando preservar o ecossistema, as áreas verdes e as demais bases naturais do território.

O Plano Diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento do município, antes obrigatório somente para municípios com mais de 20 mil habitantes (art. 182, CF/88), com o Estatuto da Cidade passou a ser obrigatório não só para cidades com mais de 20 mil habitantes, mas também para integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos de parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação por causa

do uso indevido do solo urbano, integrantes de áreas de especial interesse turístico e áreas inseridas em áreas de influência de atividades ou empreendimentos com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional. Devendo conter, também, mecanismo de acompanhamento e controle.

Ademais, a falta de um Plano Diretor pode gerar ação de improbidade contra os gestores municipais.

Meirelles (1994, p. 318) observa que o “direito de propriedade evoluiu da propriedade-direito para a propriedade-função”. O meio ambiente passa a ser resguardado pela efetivação de três princípios de ação: a proteção, a preservação e a recuperação.

A gestão democrática da cidade, por meio da participação direta da população, principalmente em audiências públicas, é um dos principais objetivos do Estatuto, especialmente nas discussões de projetos e empreendimentos de relevante impacto sobre o meio ambiente e a qualidade de vida da população, sob a fiscalização do Ministério Público. Vale destacar a opinião de Rodrigues (2004, p. 12):

Os princípios do Estatuto propiciam desvendar conflitos relacionados ao planejamento, à apropriação, à propriedade, à gestão e ao uso do solo nas áreas urbanas. O Estatuto não resolve nem elimina os conflitos, mas mostra que a sociedade é desigualmente constituída. Reconhece, também, o predomínio da população urbana e a falta de acesso da maioria aos padrões de urbanidade vigentes. A cidade é compreendida como produto coletivo e não apenas decorrente dos agentes tipicamente capitalistas. Torna explícito que a população urbana não é a causa dos problemas e que estes devem ser analisados na complexidade da produção das e nas cidades. O Estatuto inova ao reconhecer a cidade real, a necessidade de legitimar, legalizar as áreas ocupadas por moradias. Estabelece novos critérios para parcelamento do solo, inclui a obrigatoriedade de participação da sociedade civil na elaboração do Plano Diretor Municipal, tido como propulsor de gestão coletiva. Considera o Município como unidade de planejamento do seu espaço territorial.

A Lei nº 11.079/04 alude à possibilidade de os municípios contrarem empreendimentos por intermédio de parcerias público-privadas, as chamadas PPPs.

Com o advento da Lei de Consórcios Públicos de nº 11.107/05, abrem-se novas perspectivas para a efetiva consecução de objetivos consubstanciados nas diretrizes de política urbana do artigo 2º do Estatuto da Cidade. Possibilita a utilização adequada de instrumentos que possam reunir municípios carentes de recursos, impossibilitados de enfrentar isoladamente empreendimentos de

infraestrutura altamente necessários para suas populações, porém muito vultosos, no sentido de realizarem ações conjuntas em prol de alcançar os resultados planejados (BORGES, 2006).

Ademais, cada município escolhe, regulamenta e aplica os instrumentos conforme a estratégia de desenvolvimento urbano desejada. Diversos instrumentos do Estatuto da Cidade não apresentam isoladamente a solução para um determinado problema urbano, ou uma determinada transformação urbana depende da aplicação de vários instrumentos de maneira coordenada e integrada no território. Assim, a utilização dos instrumentos deve ser feita dentro de uma estratégia de desenvolvimento urbano e deve estar expressa no Plano Diretor.

A política urbana deve ser objeto de um planejamento extensivo, englobando planos de ordenamento de território integrados entre si em escala nacional, estadual, regional, metropolitana, municipal e intermunicipal. No âmbito municipal, segundo o Estatuto, deve envolver o planejamento urbano, ambiental, orçamentário, setorial e do desenvolvimento econômico e social; além disso, a gestão orçamentária deve ser realizada de forma participativa (BARROS, 2010, p. 95).

Vale destacar a importância das Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), que são áreas demarcadas no território de uma cidade para assentar famílias de baixa renda. “É uma das missões do Estatuto da Cidade prever onde podem ser instaladas as ZEIS. Dessa forma, pode-se prevenir a formação de favelas” (GONDIM, O POVO, Caderno Cidades, 2011, p.1). Saliente-se o comentário de Barros (2010, p. 95):

Cabe ressaltar, pela importância para o desenvolvimento de uma política habitacional de inclusão social, o instituto das Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS). Este instrumento pode ser utilizado tanto para a regularização de áreas ocupadas, onde o processo de ocupação ocorreu sem observância das normas urbanísticas, quanto em áreas vazias, para destiná-las para habitação de interesse social. No primeiro caso, a instituição de uma área ocupada como ZEIS permite que se estabeleçam, para aquela porção do território, parâmetros urbanísticos especiais que respeitam a forma de ocupação realizada pela comunidade. Assim, pode-se admitir, por exemplo, sistemas viários compostos por vias mais estreitas, que melhor se adaptem a ocupações em áreas de elevada declividade ou mesmo consolidar ocupações em áreas de preservação ambiental, diminuindo a necessidade de remoção de moradias no processo de regularização fundiária. [...] Quando aplicadas a imóveis vazios ou ociosos, as ZEIS permitem ao Poder Público reservar áreas dotadas de infra-estrutura, serviços e

equipamentos urbanos para habitação de interesse social, constituindo-se em importante instrumento para evitar a expulsão dos pobres para as periferias longínquas dos centros urbanos.

Além disso, um planejamento urbano pode reorganizar a ocupação territorial, evitando-se, por exemplo, área de favelas e áreas de risco, e a destinação do esgotamento sanitário, que deve ser uma diretriz do Plano Diretor. Aliás, saneamento básico e saneamento ambiental necessitam, no mínimo, de um regular esgotamento sanitário (DESENVOLVIMENTO URBANO, 2011).

## **6 Política Nacional de Habitação**

Em 2003, foi criado o Ministério das Cidades, que tem como missão unificar as ações do Governo Federal nas áreas de transporte e mobilidade urbana, saneamento ambiental, habitação e demais programas urbanos, transformando as cidades em espaços com mais qualidade de vida para a população.

O Ministério instaurou o Conselho das Cidades (Concidades), para os fins de discutir democraticamente as novas políticas urbanas no país. Composto por entidades públicas e privadas, tais como representantes do Poder Público Federal, Estadual e Municipal; do Movimento Popular, trabalhadores, empresários; entidades profissionais, acadêmicas e de pesquisa; e organizações não governamentais.

Conforme dados daquele Ministério, as cidades brasileiras abrigavam, há menos de um século, 10% da população nacional. Atualmente são 82% da população. Inchararam, num processo de desigualdades. Assim, a tarefa de transformar a realidade resultante dessa transformação, assegurando o direito à cidade com moradias e meio ambiente que propiciem qualidade de vida à população, com água tratada, coleta de esgoto e de lixo, escolas, comércio, praças e transporte público, é o mínimo que se pode planejar para que a população tenha qualidade de vida e a cidade, um crescimento sustentável.

A Política Nacional de Habitação do Governo Federal passou a ter forte incremento a partir da discussão do tema e do Plano Nacional de Habitação, através do Ministério das Cidades. Por exemplo, é dada ênfase à construção de moradias em pequenas áreas urbanas, como os municípios com população abaixo de 50 mil habitantes, que poderão elaborar o Plano Local de Habitação de Interesse Social (PLHIS), o que propicia a construção de moradias em condições especiais para a população (MCIDADES, 2011).

A Secretaria Nacional de Habitação do Ministério das Cidades coordenou a elaboração do Plano Nacional de Habitação (PlanHab), um dos mais importantes instrumentos para a implementação da nova Política Nacional de Habitação (PNH), previsto na Lei nº 11.124/05, que estruturou o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS).

Foram organizados diversos debates regionais e setoriais, envolvendo o Conselho das Cidades e o Conselho Gestor do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (CGFNHIS). Assim, conforme o governo, um conjunto de mudanças no cenário nacional impactou diretamente o setor habitacional. A elevação expressiva do volume de crédito e dos investimentos no setor habitacional prevê uma política habitacional de longo prazo, especialmente voltada para a baixa renda, tendo o ano de 2023 como termo final para a elaboração de estratégias e de propostas.

O PlanHab é um processo de planejamento de longo prazo para o setor habitacional, que pressupõe revisões periódicas e articulação com outros instrumentos de planejamento orçamentário-financeiro do Governo Federal, com a finalidade de universalizar o acesso à moradia para a população brasileira.

Ademais, podemos recordar que o Direito Constitucional à Moradia já vinha incipiente quando da criação do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), através da Lei nº 4.380/64, que, conforme estatística do Banco Central, já financiou cerca de 6 milhões de moradias populares (SILVA, 2008, p. 313). O SFH foi gerido inicialmente pelo BNH e depois repassado para a Caixa Econômica Federal, entidade responsável por quase 90% dos financiamentos habitacionais no Brasil.

Vale ressaltar a participação da Caixa Econômica Federal no desenvolvimento urbano, através do financiamento de moradia popular e de obras de saneamento e de construção, entre outros benefícios sociais, ao lado da União, estados, Distrito Federal e municípios.

Em 2001, através da Lei nº 10.188/01, foi lançado o Programa de Arrendamento Residencial (PAR), operacionalizado pela CAIXA e destinado a famílias com renda mensal de até R\$ 1.800,00, com a opção de compra do imóvel ao final do prazo de quinze anos de arrendamento. Foi implantado em todas as capitais estaduais, o Distrito Federal e as regiões metropolitanas definidas para atuação, além dos municípios com população urbana acima de 100 mil habitantes e financiado com recursos do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), gerido pelo Governo Federal. Conforme dados da CAIXA, foram destinados ao PAR inicialmente R\$ 14 bilhões, via FAR. A distribuição orçamentária é feita tendo como base o estudo

do déficit habitacional dos municípios que compõem as respectivas Unidades da Federação. A meta inicial do Programa foi reduzir em 14% o déficit habitacional do país.

## **6.1 Programa Minha Casa Minha Vida**

Conforme dados do IBGE/2007, o déficit habitacional brasileiro é de 7,2 milhões de moradias, concentrado por faixa de renda:

Faixa de 0 a 3 salários-mínimos: .....	90,9%
Faixa de 3 a 6 salários-mínimos: .....	6,7%
Faixa de 6 a 10 salários-mínimos: .....	2,4%

Também foi constatado pelo IBGE que o déficit habitacional concentra-se por região:

Norte: .....	10,3%
Nordeste: .....	34,3%
Sudeste: .....	36,4%
Sul: .....	12,0%
Centro-Oeste: .....	7,0%

Além disso, o déficit concentra-se por tamanho de cidade, pois somente nas regiões metropolitanas é de 28,5%.

A previsão é contratar um milhão de moradias até o final de 2011, distribuídas por faixa de renda familiar, da seguinte forma:

0 a 3 salários-mínimos: .....	400 mil unidades
3 a 4 salários-mínimos: .....	200 mil unidades
4 a 5 salários-mínimos: .....	100 mil unidades
5 a 6 salários-mínimos: .....	100 mil unidades
6 a 10 salários-mínimos: .....	200 mil unidades

O Programa prevê ainda regularização fundiária, financiamento de infraestrutura, subsídios por faixa de renda e geração de emprego e renda. Há uma inovação: o incentivo à utilização de sistema de aquecimento solar térmico na produção habitacional do programa, objetivando reduzir o consumo de energia elétrica e a emissão de CO<sub>2</sub>.

Conforme dados do Ministério das Cidades, até 1º de março de 2010 foram contratadas 330.191 moradias no âmbito do Programa, volume inferior à meta estimada. No entanto, foram apresentados à instituição projetos representando 725.269 unidades. Do total de unidades contratadas no período até março de 2010,

198.685 foram destinadas a quem ganha três salários-mínimos, que é a faixa de renda em que o déficit habitacional chega à enorme cifra de 90%. (FOLHA, 2011).

O Programa Minha Casa Minha Vida 2 foi lançado em maio de 2011, com investimentos de R\$ 125 bilhões. A segunda fase do Programa foi normatizada pela Lei nº 12.424/2011. A meta é contratar 2 milhões de unidades habitacionais até 2014, podendo ser ampliada em 600 mil unidades já no ano de 2012 (INFO.PLANALTO, 2011).

Conforme o Ministério das Cidades, 1,2 milhão de casas (60%) serão destinadas a famílias com renda mensal de até R\$ 1.600,00, para as quais o subsídio do governo pode chegar a 95% do valor do imóvel. Houve também a ampliação das faixas de renda: de R\$ 1.395,00 a R\$ 5.000,00 mensais no meio urbano e de R\$ 10.000,00 a R\$ 60.000,00 anuais no meio rural.

Uma nova regra permite, ainda, a aquisição de imóveis nas áreas em processo de desapropriação, em operações de urbanização de favelas e assentamentos precários. Nesses casos, é possível a aquisição e cessão dos direitos de posse. Ao final do processo de desapropriação, o direito de propriedade do imóvel será transferido às famílias beneficiárias. Essas são algumas das disposições do Estatuto da Cidade utilizadas no Programa Minha Casa Minha Vida.

Trata-se de uma política habitacional de peso, contando com recursos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), que visa não só conceder moradia própria, reduzindo o déficit habitacional, um dos maiores problemas das cidades – ao lado do saneamento básico, oferta de água, esgoto e infraestrutura –, mas também melhorar a qualidade de vida dos habitantes.

Essa preocupação com a questão urbana teve um grande incremento a partir da promulgação do Estatuto da Cidade em 2001. Esta é, com certeza, a principal colaboração do Estatuto, pois trouxe à discussão problemas que estavam se exacerbando e não se tinha meios compatíveis para se buscar uma solução técnica, jurídica, além de política, para tal questão social. Houve um incremento de regras urbanísticas na última década, entremeadas com as questões internacionais do meio ambiente, das quais o Brasil está fazendo parte diretamente na ONU e em várias conferências ao redor do mundo.

O que se pode assegurar é que, na atualidade, há grande preocupação com a melhoria da qualidade de vida nas cidades, onde habita a maior parte da população do Brasil. Assim, a questão ambiental está inserida cada vez mais no meio urbano, razão pela qual o Brasil, como pioneiro em busca de fontes alternativas de energia, com o Proálcool e o biodiesel, além da energia solar e a eólica – muito favorecidas devido ao nosso clima e localização ge-

ográfica –, está na vanguarda do Direito Ambiental e é destaque nas várias conferências. Um exemplo dessas conferências é a Rio-2012, quando os representantes de centenas de países vão discutir meios de sustentabilidade, a fim de oferecer uma melhor qualidade de vida para a população atual do planeta e fazer com que ele seja preservado e habitável pelas futuras gerações.

## **Conclusão**

Este estudo teve por finalidade analisar a política ambiental e urbana brasileira, especialmente a partir da Constituição de 1988 e do Estatuto da Cidade.

De início, comentou-se o surgimento do Direito Ambiental como disciplina autônoma no Brasil, a partir de posicionamentos de administrativistas.

Comentamos a Política Nacional do Meio Ambiente, solidificada a partir da Lei nº 6.938/81, recepcionada pela Constituição Federal vigente. A seguir foram abordados os princípios do Direito Ambiental, tais como o do Desenvolvimento Sustentável, o do Poluidor-Pagador, os da Prevenção e da Precaução, o da Participação e o da Ubiquidade. Esse último princípio trata também do poder de polícia da Administração Pública, que tem legitimidade para não licenciar obras e atividades que sejam consideradas prejudiciais ao meio ambiente.

Comentou-se o Direito Internacional Ambiental e várias conferências internacionais, que servem para alertar os diversos países do mundo acerca da importância de se trabalhar em conjunto para melhorar a qualidade de vida para todos e pela sustentabilidade do planeta.

Adiante, abordou-se a relação entre o Direito Ambiental e o meio urbano, cujo crescimento demográfico, políticas públicas inconsistentes e inadequado planejamento urbano estão resultando na degradação das condições sociais, econômicas e até de saúde das pessoas que vivem nas cidades e suas periferias, além do problema da moradia, que se trata de direito assegurado pela Constituição no Brasil.

Analisamos o Estatuto da Cidade, que regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição, considerado um poderoso instrumento legal de planejamento urbano e ambiental, de modo a promover o desenvolvimento sustentável das cidades.

As áreas urbanas brasileiras têm alguns problemas históricos, tais como poluição do ar, poluição sonora, lixo, indevida ocupação do solo, falta de saneamento básico, destruição de áreas verdes, favelização, especulação imobiliária, crescimento demográfico e

tantos outros que resultam na degradação da qualidade de vida, aliados a questões ambientais no meio urbano, que está se buscando solucionar, para o fim de assegurar condições de vida às futuras gerações.

## Referências

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BARROS, Ana Maria Furbino B; CARVALHO, Celso S; MONTANDON, Daniel. **O estatuto da cidade comentado**. 3 nov. 2010. Disponível em: <[HTTP://www.conselhos.mg.gov.br/uploads/24/06.pdf](http://www.conselhos.mg.gov.br/uploads/24/06.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2011.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 8. ed. Brasília: UnB, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BORGES, Alice Gonçalves. **Consórcios públicos e estatuto da cidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1128, 3 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8693>>. Acesso em: 20 ago 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- CASTRO, Carlos Roberto de S. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comentário. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CICLO VIVO. **Política Nacional de Resíduos**, 3 ago 2011. Disponível em: <<http://www.ecodesenvolvimento.org.br/posts/2011/regulamentação-da-política-nacional-de-resíduos>>. Acesso em: 20 ago 2011.
- CONFERÊNCIA DAS PARTES. Disponível em: <<http://www.g1.globo.com/reuniao-final-da-cop-16.html>>. Acesso em: 14 ago 2011.
- CONFERÊNCIA JOANESBURGO. Conferências ambientais. Disponível em <<http://www.tierraamerica.net/2002/0818/pconectate.html>>, 2002. Acesso em: 03 ago. 2011.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. Vol. IV.
- DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL - Responsabilidade e compromisso de todos, 2009. Disponível em: <<http://www.cop15brasil.gov.br/notícias>>. Acesso em: 10 ago 2011.
- DESENVOLVIMENTO URBANO. **O POVO**, Fortaleza, 3 set. 2011. Caderno Regional, p. 1.
- DEUTSCHE WELLE, jornal. **Conferência Rio 2012**. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,14897618,0,0.html>>. Acesso em: 9 ago. 2011.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 6 ed. São Paulo: LTR, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

OLIVEIRA, Aluísio Pires de; CARVALHO, Paulo César Pires. **Estatuto da Cidade - Anotações à Lei nº 10.257 de 10.07.2001**. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. Secretaria de Cidades. Disponível em: <<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/index>>. Acesso em: 13 ago 2011.

RODRIGUES, Arlete Moysés. **Estatuto da Cidade**: função social da cidade e da propriedade. Alguns aspectos sobre população urbana e espaço. **Cadernos Metrópole**, n. 12, p. 9-25, 2º sem. 2004. Disponível em: <[http://www.cadernosmetropole.net/download/cm\\_artigos/cm12\\_56.pdf](http://www.cadernosmetropole.net/download/cm_artigos/cm12_56.pdf)>. Acesso em: 12 ago. 2011.

ROLNIK, Raquel. Cidades: o Brasil e o Habitat II. **Teoria e Debate**, São Paulo, n. 32, jul./ago./set. 1996. Disponível em: <<http://www.fpa.org.br/o-que-fazemos/editora/teoria-e-debate/edicoes-anteriores/cidades-o-brasil-e-o-habitat-ii>>. Acesso em: 5 ago 2011.

SILVA, Ana Paula Gonçalves da. O Sistema Financeiro da Habitação e o Direito Social à Moradia. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, maio 2008.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente**. Rio de Janeiro: Atlas, 2001.



# **Solo urbano e habitação de interesse social: a questão fundiária na política habitacional e urbana do país**

**Raquel Rolnik**

*Urbanista, professora da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo (FAU/USP) e relatora especial da Organização das Nações Unidas para o Direito à Moradia Adequada*

**Renato Cymbalista**

*Professor de História da Urbanização na FAU/USP*

**Kazuo Nakano**

*Arquiteto urbanista, graduado pela FAU/USP  
Pós-graduado em Gestão Urbana e Ambiental pelo Institute for Housing and Urban Development – IHS de Rotterdam, Holanda e mestre em Estruturas Ambientais e Urbanas pela FAU/USP*

## **RESUMO**

O presente trabalho tem por objeto o estudo sistêmico das políticas habitacionais no Brasil, com enfoque na utilização do solo urbano. É destacada a atuação do Estado no incentivo a políticas específicas de financiamento a programas de promoção habitacional, programas esses que raramente escaparam do binômio desapropriação versus localização periférica, muitas vezes através de operações de conversão de solo rural em urbano. O trabalho enfatiza a importância da Constituição Federal e do Estatuto da Cidade na implementação de uma política fundiária baseada em processos de planejamento participativo local, como forma de ampliar o acesso à terra urbanizada e bem localizada para a moradia, concretizando a função social da propriedade.

Palavras-chave: Política habitacional. Solo urbano. Plano Diretor. Função social.

## **RESUMEN**

El presente trabajo tiene como finalidad el estudio sistémico de las políticas de vivienda en Brasil, centrándose en el uso del suelo urbano. Destaque para el papel del Estado en el fomento de la financiación de las políticas específicas para promover programas de vivienda, programas que rara vez se escapó de la expropiación del binomio versus ubicación periférica, a menudo a través de las

operaciones de conversión de la tierra rural y el urbano. El trabajo también destaca la importancia de la Constitución Federal y el Estatuto de la Ciudad, los cuales apostaran en la implementación de una política agraria que, en base a procesos participativos de planificación local, se podría ampliar el acceso al suelo urbanizado, bien ubicado para la vivienda y efectuar la función social de la propiedad.

Palabras clave: Política de vivienda. Suelo urbano. Plan Maestro. Función social.

## Introdução

Parece haver um consenso, entre os estudiosos e formuladores de políticas habitacionais no Brasil e na esfera internacional, de que o solo urbano deva ser um dos componentes essenciais da política e sua disponibilidade em quantidade e condições adequadas para a promoção de programas e projetos de moradia é condição fundamental para seu êxito. No entanto, políticas de solo voltadas para dar suporte a programas de promoção habitacional raramente escaparam do binômio desapropriação/localização periférica, muitas vezes através de operações de conversão de solo rural em urbano.<sup>1</sup>

Na experiência brasileira, desde os arranjos financeiros formulados nos anos 1960 no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), o componente solo – condicionante da localização dos empreendimentos, da sua inserção na cidade e do acesso a equipamentos e serviços – foi delegado aos municípios e aos agentes promotores dos conjuntos habitacionais. Mesmo durante os dez anos (1976-1986) em que o Banco Nacional da Habitação (BNH) implementou uma política de terras, esta foi focalizada na aquisição de terrenos, através de financiamentos específicos para formação de bancos de terras por parte dos agentes do SFH e compras diretas pelo BNH, não chegando a impactar de forma significativa a localização e inserção dos conjuntos nas cidades.

Embora em alguns períodos, como o início dos anos 80, quando foi criado o Departamento de Terras do BNH, o estoque tenha atendido a quase 50% do total de terras consumidas pelos projetos habitacionais de interesse social em algumas conjunturas, a maior parte da produção se deu em terrenos comprados no âmbito do próprio financiamento e, geralmente:

<sup>1</sup> Para uma trajetória da literatura sobre política habitacional ver Arretche (1990), Azevedo e Andrade (1981), Bolaffi (1977), Bonduki (1998), Maricato (1983), Melo (1990) e Nakano (2002).

as aquisições eram feitas quase sempre de forma isolada, mais influenciadas pelas ofertas dos terrenos, e destacadamente por seus custos. Em consequência, os terrenos financiados encontravam-se cada vez mais distantes dos centros urbanos, em áreas nem sempre prioritárias para o crescimento físico das cidades, e que exigiam investimentos adicionais por parte do poder público, para o provimento dos serviços necessários (SERPA, 1988, p. 67).

Avaliação qualitativa da inserção urbana dos terrenos realizada no âmbito do próprio BNH em 1985 revelou que menos de 10% dos terrenos adquiridos para a construção de conjuntos habitacionais estavam situados dentro da malha urbana ou imediatamente contíguos a ela, dotados de acesso a transporte e serviços pelo menos por abastecimento de água e energia elétrica (SERPA, 1988, p. 99). Por outro lado, o controle de custos de produção por parte dos agentes financeiros, aliado às limitações dos tetos de financiamento nos programas habitacionais de baixa renda (integralmente voltados para a aquisição da propriedade individual da casa ou apartamento), transformou o preço dos terrenos no principal elemento de sobre lucro para os promotores imobiliários do Sistema. Isso se refletiu também em aumento de preços de terrenos em função do aumento da demanda provocada pela política oficial.

Já em 1975, ao avaliar os impasses da política habitacional brasileira, assim escrevia Bolaffi (1979, p. 66-67):

O fenômeno só encontra explicação no fato de que uma parte considerável da riqueza criada no país transfere-se continuamente dos cofres públicos para aqueles dos proprietários de imóveis, sem que para isso seja necessário qualquer tipo de ação empresarial, nenhum investimento produtivo, nenhuma espécie de risco. O mecanismo que opera esta ilusória partenogênese da riqueza é criado e alimentado pelo próprio poder público, quando deixa de cobrar, por meio de impostos adequados, os investimentos que realiza nos serviços públicos, responsáveis pela valorização imobiliária. [...] As consequências dessa prática governamental não se limitam a uma flagrante iniqüidade tributária, mas transformam a propriedade imobiliária no santuário da especulação parasitária que persegue o lucro sem risco. A demanda de terrenos urbanos adquire uma dimensão especulativa, parcelas consideráveis de terrenos urbanizados são retidas ociosas, as cidades se espalham, os custos de implantação e operação de serviços públicos se elevam e, sobretudo, se elevam os custos da habitação [...] A política fundiária no Brasil, cuja principal característica é a ausência de impos-

tos significativos sobre a propriedade imobiliária, se transforma assim no principal mecanismo por meio do qual os capitais provenientes da arrecadação tributária são transferidos aos proprietários de casas e terrenos.

Na formulação do modelo de financiamento do desenvolvimento urbano do governo federal que em 1964 criou o BNH, o *locus* de definições do ordenamento territorial urbano deveria ser os Planos Diretores municipais. No modelo proposto, o BNH estaria vinculado ao Serviço Federal de Habitação e Urbanismo (SERFHAU), este encarregado de definir o marco regulatório e financiar a elaboração dos Planos Diretores municipais com os recursos do próprio banco, através de um Fundo de Financiamento ao Planejamento. Essa proposta, assim como parte do modelo de construção de uma política nacional de habitação e urbanismo, fazia parte das propostas do Seminário Nacional de Habitação e Reforma Urbana, realizado em 1963, no contexto dos debates das grandes reformas sociais nacionais: agrária, da saúde, da educação, da cultura, entre outras. Entretanto, o contexto político nacional muda radicalmente entre 1963, quando o seminário foi realizado, e 1964, quando, por meio de um golpe, uma junta militar assumiu o poder (MARICATO, 2001).

O modelo proposto – a promoção de um sistema de planejamento local que daria suporte às intervenções no campo dos investimentos urbanos – opunha-se frontalmente a todo o sistema de planejamento e execução orçamentária montado no país, baseado na concentração de recursos nas mãos do governo federal, depois da reforma tributária de 1966/67 (MONTEMOR, 2006), limitando as possibilidades de avanço na capacidade de gestão e financiamento dos governos locais. É nesse momento também que o BNH assume a gestão dos recursos do FGTS, tornando-se o maior banco de segunda linha do país, encarregado de arrecadar recursos financeiros para em seguida transferi-los a agentes privados intermediários, se transformando assim no *locus* da política habitacional e de desenvolvimento urbano.

No início dos anos 70, no bojo do processo de elaboração do II Plano Nacional de Desenvolvimento (PND), um capítulo foi dedicado à Política de Desenvolvimento Urbano. Naquele momento, segundo um dos planejadores envolvidos na tarefa, era evidente o embate de duas concepções:

uma procurando lidar com o espaço brasileiro como uma totalidade manifesta no território e outra com uma visão segmentada do urbano, entendida como a somatória da habitação, do transporte, do saneamento

básico, da gestão administrativa, das finanças. Visão que propiciava de imediato uma ação sobre a política urbana dos distintos grupos de interesse em cada um destes setores. Esta visão, setorialista, foi a vencedora e a globalista, portanto geográfica, foi derrotada (SOUZA, 1999, p. 75).

Em 1974, o SERFHAU é extinto e toda atividade de planejamento na área de desenvolvimento urbano no âmbito do governo federal se consubstancia no planejamento setorial, basicamente através do Plano Nacional de Habitação Popular (PLANHAP) e Plano Nacional de Saneamento (PLANASA)<sup>2</sup>, que se tornam o marco referencial de atuação do BNH, com metas quantitativas de produção na área de habitação e saneamento.

A combinação perversa de uma gestão local frágil com uma enorme concentração de recursos em um banco, cuja atuação foi estruturada por uma visão setorialista e cuja implantação estava sob responsabilidade dos agentes intermediários, transformou a elaboração de Planos de Desenvolvimento Urbano em meros documentos acessórios de justificação de investimentos setoriais, paralelos e externos à própria gestão local, definidos e negociados em esferas e circuitos que pouco ou nada tinham a ver com esta. Soma-se, nas cidades, o enorme poder econômico e político dos proprietários de imóveis, sobretudo daqueles cuja atividade econômica está diretamente ligada ao mercado imobiliário, tanto de sua produção como de seu financiamento e gerenciamento dos ativos. Empreendedores imobiliários, empreiteiros de obras públicas e concessionários de serviços dialogam permanentemente com os executivos e legislativos municipais, e sobre estes exercem grande pressão e influência.

A combinação dessas condições é o conhecido quadro de ausência de políticas fundiárias redistributivas ou de ampliação de acesso a terra para moradia popular a nível federal. Esse quadro permaneceu inalterado, tendo sido impactado nos anos 80 pela falência do BNH e queda no nível de investimentos no setor e, do ponto de vista político, pelo movimento pela redemocratização do país, no qual os movimentos sociais urbanos constituíram parte de sua base popular.

Nos anos 80, a democratização do país veio acompanhada de avanços no campo da política urbana, especialmente no reconhecimento do direito à moradia e à cidade, ao incremento dos processos de participação cidadã e na incorporação dos mais po-

---

<sup>2</sup> A meta do PLANHAP era a extinção do chamado “déficit habitacional”, com a construção de 2 milhões de moradias para famílias com renda até três salários mínimos.

bres como interlocutores das políticas urbanas. Entretanto esse movimento em direção às periferias não foi imediatamente acompanhado pela formulação e revisão de uma nova política de desenvolvimento urbano a nível federal. Do ponto de vista do financiamento, nas décadas de 80 e 90 os investimentos foram extremamente limitados, em função do ajuste estrutural que limitava o gesto e o endividamento público. Tampouco se formulou uma estratégia territorial para o país, restringindo o debate sobre o território ao tema das desigualdades regionais e grandes projetos de infraestrutura e logística.

Se no nível nacional a proposta de um ordenamento territorial como suporte a um projeto de desenvolvimento para o país não conquistou um espaço nas estratégias de crescimento econômico, na escala dos municípios o imediatismo e pragmatismo da gestão promoveram a hegemonia de práticas voltadas para resultados imediatos, com grande capacidade de resposta a pressões e demandas, sem que questões estruturais, como a forma de organização física das cidades, fossem enfrentadas. Dessa forma, a gestão municipal acabou por reproduzir os modelos da cultura urbanística herdada do período autoritário, um modelo que desconsidera as necessidades da maioria dos moradores, que se-grega e diferencia moradores “inclusões” na urbanidade formal e moradores dela excluídos, com inequívocos impactos socioambientais para a cidade como um todo. Trata-se de um modelo baseado na expansão horizontal e no crescimento como ampliação permanente das fronteiras, na subutilização tanto das infraestruturas quanto da urbanidade já instaladas e na mobilidade centrada na lógica do automóvel particular. No epicentro desse modelo – e de sua interface com a questão habitacional – está a questão do solo urbano.

## **1 Novos instrumentos de regulação do solo urbano: a trajetória da reforma urbana**

É possível localizar na década de 1980 um momento de amadurecimento de um discurso inovador em torno da política urbana, ocorrido no bojo do processo de redemocratização do país, que se tornou conhecido como Movimento Nacional pela Reforma Urbana. Esse movimento foi articulado em torno dos nascentes movimentos sociais de luta por moradia, parte dos novos atores políticos que surgiam no país naquele momento, pressionando por reformas em várias áreas do Estado. Os novos movimentos sociais foram atores fundamentais no processo de redemocratização brasileira nos anos seguintes e um fator fundamental para a criação

de um tônus político para a negociação e aprovação de uma série de mudanças institucionais posteriores<sup>3</sup>.

Articulados aos novos movimentos sociais, encontravam-se técnicos de várias áreas, como advogados, arquitetos e urbanistas, engenheiros, além de técnicos de prefeituras e segmentos da universidade. A articulação desses atores potencializou a discussão de novos temas, como a politização do debate sobre a legalidade urbanística e a necessidade de abertura da gestão urbana para novos atores sociais, sob um marco participativo, configurando um discurso para a reforma urbana que buscava intervir na formulação de novas políticas públicas incluidentes no nível local (ROLNIK, 1997).

A crítica ao *status quo* do planejamento urbano e da regulação urbanística vinha sendo feita também no seio das gestões municipais comprometidas com a revisão dos paradigmas de construção da política urbana, inicialmente de maneira tímida e, a partir de meados da década de 1980, cada vez mais articulada.

Tratava-se, portanto, de uma trincheira dupla na disputa: por um lado, na esfera nacional, o Movimento pela Reforma Urbana lutou pela criação de um novo marco regulatório para a política urbana, conforme relatado adiante. Por outro lado, o modelo descentralizador-municipalista adotado pela Constituição significou também uma maior autonomia para que os municípios experimentassem novos instrumentos de planejamento e gestão urbana, mesmo antes da aprovação do Estatuto da Cidade.<sup>4</sup>

Os grupos que empunharam a bandeira da reforma urbana propuseram, no âmbito local, instrumentos que superassem a ideia da legislação como objeto puramente técnico, explorando suas múltiplas alianças com as desigualdades da so-

<sup>3</sup> Do ponto de vista da produção acadêmica, a década de 1980 foi também um momento de renovação. O reconhecimento dos novos atores sociais como sujeitos relevantes para a política no país engendra uma rica produção acadêmica, tanto voltada ao passado quanto ao presente, que possuía como pano de fundo a expectativa de que, do interior das classes excluídas, surgissem arranjos políticos capazes de disputar a redistribuição de poder e riqueza no país. Utilizando-se do conceito de *espoliação urbana*, cunhado por Lúcio Kowarick, uma série de autores mostra que a cidade, e não apenas o chão da fábrica ou a questão do solo rural, era também um foco fundamental para as lutas sociais. Por trás desse reconhecimento, a crítica alargou seus campos temáticos para além da clássica dicotomia capital-trabalho, legitimando assim os novos atores sociais urbanos tanto como sujeitos das lutas sociais como objetos de pesquisa.

Nesse contexto, surge uma série de estudos que marcaram a abertura do pensamento acadêmico para esses novos atores sociais. Para este projeto, interessa especificamente a bibliografia a respeito das lutas urbanas. Ver: Kowarick (1988), Rolnik (1981), Gohn (1991), Sader (1999) e Maricato (1991).

<sup>4</sup> Rolnik e Cymbalista (1997), Rolnik e Cymbalista (2000), Ribeiro e Santos Jr. (1997). Em relação à política habitacional, ver Bonduki (1996).

ciéidade e elaborando instrumentos urbanísticos que jogassem o peso do Estado e da regulação a favor – e não contra, como de costume – da democratização do espaço da cidade. O tema da política fundiária foi particularmente importante nesse debate. A questão do acesso ao solo urbano para as populações de menor renda já vinha sendo formulada desde a emenda popular pela reforma urbana em duas vertentes: a do reconhecimento dos direitos de posse e de integração à cidade daqueles que constituíram as favelas e ocupações e a do combate à retenção especulativa de terrenos. No nível local, experiências como o Programa de Regularização das Zonas Especiais de Interesse Social (PREZEIS) em Recife, o Profavela em Belo Horizonte, as Áreas Especiais de Interesse Social (AEIS) em Diadema, todos iniciados na década de 1980 ou no início da década de 1990, estão entre as primeiras aplicações práticas dessa nova abordagem.<sup>5</sup>

As potencialidades desse novo arranjo de forças políticas evidenciaram-se na imensa mobilização social prévia à Constituição de 1988, que logrou inserir no texto constitucional um viés marcado pelos direitos humanos e pela cidadania. Especificamente na área da política urbana, a mobilização resultou em uma proposta de reformulação da legislação através da Emenda Popular da Reforma Urbana, encaminhada ao Congresso Constituinte em 1988 pelo Movimento Nacional pela Reforma Urbana, que resultou no capítulo de Política Urbana da Constituição (artigos 182 e 183). Nele estavam contidas propostas que procuravam viabilizar novos instrumentos urbanísticos de controle do uso e ocupação do solo, para que se pudesse, entre outros objetivos, possibilitar o acesso a terra, democratizando o solo urbano.

Após a aprovação da Constituição Federal de 1988, a luta pela renovação dos instrumentos de regulação urbanística, da política urbana e do planejamento territorial continuou percorrendo o caminho duplo das lutas nos âmbitos local e nacional. Vários setores – agregados principalmente em torno do Fórum Nacional da Reforma Urbana – permaneceram na luta pela conclusão do processo, que era a regulamentação do capítulo de política urbana na Constituição. Já em 1990, surge o Projeto de Lei nº 5.788/90, que tramitou por mais de uma década no Congresso, sendo intensamente discutido e alterado, resultando posteriormente no Estatuto da Cidade, ao qual nos

<sup>5</sup> Um balanço dessas primeiras experiências encontra-se em Mourad (2001), que foca em maior profundidade o caso de Diadema. Sobre a experiência de Recife, ver Miranda (1977) e Araújo (1994).

referiremos em seguida (OSÓRIO, 2002; DALLARI; FERRAZ, 2002; ROLNIK, 2002).

Os primeiros anos do século XXI marcaram um novo momento no progressivo movimento de construção de uma institucionalidade para a política urbana no país. Em 2001, foi aprovada no Congresso Nacional a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, conhecida como Estatuto da Cidade, instituindo as diretrizes e instrumentos de cumprimento da função social da cidade e da propriedade urbana, do direito à cidade e da gestão democrática das cidades (ROLNIK, 1997, p. 21-22). A produção técnica em torno do Estatuto foi efervescente, tanto no campo jurídico quanto no planejamento urbano.

Por meio da Constituição e, principalmente, do Estatuto da Cidade, foi redefinida a função do Plano Diretor municipal, obrigatório para as cidades com mais de 20 mil habitantes e aquelas integrantes de regiões metropolitanas e aglomerados urbanos. Antes utilizado majoritariamente como instrumento de definição dos investimentos setoriais necessários ou desejáveis para os municípios, o Plano Diretor transformou-se na peça básica da política urbana do município, responsável pela definição de critérios para o cumprimento da função social da propriedade. Na prática, o Plano Diretor ganhou a missão de estabelecer os conteúdos para a definição dos direitos de propriedade no município e as sanções por seu não cumprimento. Em 2003, no âmbito do governo Lula, foi criado o Ministério das Cidades, antiga demanda da articulação pela reforma urbana, com o horizonte de retomar a agenda de uma política urbana nacional, integrando os setores de habitação, saneamento ambiental e transportes em um mesmo órgão. A opção do primeiro grupo dirigente do Ministério foi formular essa política de forma federativa e participativa, mobilizando os três níveis de governo e os distintos segmentos da sociedade civil para essa finalidade.<sup>6</sup>

No mesmo ano foi realizada a I Conferência Nacional das Cidades, que resultou na eleição da primeira composição do Conselho Nacional das Cidades. A primeira Conferência, que contou com mais de 2.500 delegados eleitos a partir de conferências em mais de 3.000 municípios e em todos os estados, aprovou, entre os princípios que deveriam orientar a construção da política urbana,

---

<sup>6</sup> O primeiro Ministro das Cidades foi Olívio Dutra, que havia sido prefeito de Porto Alegre e em cuja gestão foi implementada a primeira experiência de orçamento participativo municipal. O conceito de construção e controle social da política urbana foi então também aplicado para a construção da política nacional.

a promoção do direito à cidade, o desenvolvimento social, econômico e ambiental, o combate à desigualdade social, racial, de gênero e regional; diretrizes e instrumentos que promovam a integração da políticas urbanas por meio das políticas de habitação, saneamento ambiental, transporte e mobilidade, considerando o Estatuto da Cidade e a Constituição; garantia da participação da população e dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos e projetos de desenvolvimento urbano e diretrizes e orientação que garantem que os investimentos públicos sejam aplicados no enfrentamento das desigualdades sociais e territoriais (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2003).

## **2 O Ministério das Cidades e a Campanha Nacional dos Planos Diretores Participativos (PDPs)**

A avaliação do impacto da ação do Ministério das Cidades nas políticas de desenvolvimento urbano do país no período 2001-2004 é trabalho que ainda precisa ser feito. Aqui, a proposta é avançar na sistematização de informações sobre uma das vertentes de ação do Ministério: a Campanha Nacional pelos Planos Diretores Participativos, especificamente na vertente que pretende aliar a política habitacional, o tema do solo urbano e a política de desenvolvimento urbano.

Embora na Constituição Federal estivesse presente um modelo de planejamento territorial que teria como ponto de partida um Plano Nacional de Ordenamento Territorial e seu desdobramento em planos regionais, por razões que aqui não cabe desenvolver, estes não foram elaborados e a questão do ordenamento territorial acabou sendo tratada, a partir de um viés municipalista, através dos Planos Diretores Participativos, definidos como obrigatórios para todas as cidades com mais de 20 mil habitantes e por municípios integrantes de regiões metropolitanas.

Considerando a obrigatoriedade e o prazo definido pelo Estatuto – outubro de 2006 – para a aprovação desses Planos, em setembro de 2004, o Conselho Nacional das Cidades aprovou uma resolução no sentido da realização de uma Campanha Nacional pelo Plano Diretor Participativo, destinada a sensibilizar, apoiar e capacitar equipes técnicas das prefeituras e os setores da sociedade civil para viabilizar a construção de 1.683 Planos Diretores Participativos nos municípios brasileiros que tinham a obrigação de elaborá-los até outubro de 2006.

A estratégia adotada então pelo Ministério foi, por um lado, apoiar financeiramente os municípios para a elaboração de seus

PDPs e, de outro, disseminar, através de instrumentos de difusão e capacitação, uma nova concepção de Plano Diretor Participativo e seu processo de elaboração voltado para a construção de pactos socioterritoriais entre os diferentes interesses presentes na cidade, em torno da definição da função social das diferentes áreas do município, urbanas ou rurais, privadas ou públicas.

Para poder construir um material de referência para os Planos, foi realizado um seminário nacional, em conjunto com a Câmara dos Deputados, através da Comissão de Desenvolvimento Urbano, promovendo o debate e aprofundamento de temas polêmicos no processo de planejamento, por meio de trabalhos em grupos, com representantes da área técnica, acadêmica, gestores municipais, movimentos populares e entidades profissionais.

O resultado foi processado e sistematizado na publicação *Plano Diretor Participativo: Guia para Elaboração pelos Municípios e Cidadãos*, que, juntamente com vídeos, cartilhas, cartazes e *folders*, constituiu um “Kit do Plano Diretor Participativo”, que serviu como material de apoio aos técnicos municipais e demais segmentos sociais na condução de seus processos de elaboração de PDPs. A Campanha foi estruturada através de uma Coordenação Nacional composta por instituições integrantes do Conselho Nacional das Cidades e por Núcleos Estaduais constituídos por representações de entidades profissionais nacionais, como, por exemplo, o Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA), a Federação Nacional dos Engenheiros, a Federação Nacional dos Arquitetos, as quatro federações de movimentos sociais de luta pela moradia e associações de bairro (UNLM, MNLM, CMP e CONAM), secretarias ou órgãos estaduais, universidades e por representantes locais da Caixa Econômica Federal (CEF), entre outros, com grande variação de composição em cada estado.

O governo federal destinou recursos financeiros, provenientes de vários ministérios, para apoio direto a cerca de 550 municípios, aproximadamente 30% do total dos municípios “obrigatórios”. Somaram-se recursos provenientes de governos estaduais, particularmente nos estados do Paraná, Goiás, Bahia, Mato Grosso, Espírito Santo e Pernambuco. Além disso, recursos foram investidos nas atividades de capacitação e sensibilização em todas as regiões do país. Essas atividades utilizaram o “Kit do Plano Diretor Participativo” como material didático, além da realização de mais de 250 oficinas presenciais que atingiram mais de 15.000 pessoas em 1.600 municípios. O programa também ofereceu bolsas para equipes de universidades, em convênio com o Conselho Nacional

de Pesquisa (CNPq) para projetos de assistência técnica aos municípios; formou e divulgou um cadastro de profissionais de cada região do país com experiência na capacitação ou na elaboração de Planos Diretores e implementação do Estatuto da Cidade; criou a Rede do Plano Diretor, hoje com mais de 20 mil endereços eletrônicos de todo o país, espaço de informação, reflexão e crítica que se tornou um canal de discussão e troca de experiências; inaugurou no mês de março de 2006 o Banco de Experiências do Plano Diretor Participativo no sítio do Ministério das Cidades ([www.cidados.gov.br/planodiretorparticipativo](http://www.cidados.gov.br/planodiretorparticipativo)), que tem por objetivo registrar as soluções, ações e estratégias utilizadas em cada etapa de elaboração dos PDPs. Dessa forma, foi possível apoiar de maneira direta ou indireta o universo dos municípios “obrigatórios”, principalmente disseminando e fomentando a renovação conceitual e metodológica dos Planos a partir do Estatuto da Cidade. Três eixos estruturaram o conteúdo da Campanha Nacional dos Planos Diretores Participativos: *inclusão territorial* (assegurar aos pobres o acesso à terra urbanizada e bem localizada, garantindo também a posse da moradia de áreas irregulares ocupadas pela população de baixa renda); *justiça social* (distribuição mais justa dos custos e dos benefícios do desenvolvimento urbano); e *gestão democrática* (participação efetiva da população na política urbana).

O tema do solo urbano e, particularmente, da inserção territorial dos pobres na cidade foi, portanto, um tema presente em toda a estratégia de sensibilização e capacitação adotada pela Campanha.

Entre as trincheiras de disputa abertas pelos novos Planos Diretores, aquela que talvez seja a mais identificada com a agenda da reforma urbana é a busca por viabilizar melhor localização para os pobres nas cidades e melhorar suas condições de vida.

As oportunidades para que isso seja atingido por meio dos Planos Diretores Participativos são várias: a inclusão dos segmentos vulneráveis nos processos de discussão sobre as análises e propostas; a eleição da regularização fundiária e da oferta de terras urbanas infraestruturadas para os mais pobres como eixos dos PDPs; a inclusão de instrumentos de democratização do acesso a terra como as Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), o Parcelamento, Utilização e Edificação Compulsória, o IPTU Progressivo no Tempo; a integração da estratégia fundiária com as políticas habitacionais; a delimitação de perímetros urbanos procurando estancar a expansão periférica; entre outros.

O fato de estarmos tratando de um processo muito recente impede que avaliações mais definitivas sobre o impacto dos no-

vos PDPs sejam feitas. Por outro lado, já é possível identificar alguns movimentos analíticos que devem ser acompanhados nos próximos anos. Este texto inicia um percurso nesse sentido, procurando mostrar de que formas a questão habitacional vem aparecendo nos Planos Diretores, ajudando, assim, a construir uma agenda de acompanhamento desses processos no futuro.

Analisamos a seguir, do ponto de vista quantitativo, como base de dados, uma pesquisa que foi realizada pelo Ministério das Cidades em convênio com o Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CONFEA). A partir de uma primeira apresentação dos dados quantitativos, tecemos algumas observações a partir de uma leitura de cunho mais qualitativo de algumas experiências já sistematizadas de construção de Planos Diretores.

### **3 Elaboração e revisão dos Planos Diretores: primeiro passo para a implementação do Estatuto da Cidade**

Para monitorar o estágio da implementação dos Planos Diretores Participativos, o Ministério das Cidades estabeleceu um convênio com o CONFEA para realizar uma pesquisa no período entre novembro de 2006 e fevereiro de 2007, junto aos municípios que estavam obrigados a ter seus Planos Diretores aprovados até outubro de 2006. Essa pesquisa procurou traçar um quadro quantitativo dos processos e conteúdos dos planos diretores participativos realizados nos municípios pesquisados.

A coleta de dados logrou registrar os processos realizados em 1.553 municípios, o correspondente a 92,39% dos 1.683 municípios “obrigatórios”. Trata-se, portanto, de uma pesquisa altamente representativa que, seguramente, captou dados da maior parte dos processos de elaboração e revisão dos Planos Diretores Participativos realizados no país em período recente.

A Tabela 1 mostra a distribuição estadual dos 1.683 municípios que tinham a obrigatoriedade de elaborar seus Planos até outubro de 2006.

**Tabela 1 – Brasil: Distribuição dos municípios obrigados a elaborarem seus Planos Diretores até outubro de 2006**

Estado/Região	Total de municípios	Nº de municípios obrigados	Percentual
Acre	22	5	22,70%
Amazonas	62	28	45,20%
Amapá	16	3	18,80%
Pará	143	85	59,40%
Rondônia	52	17	32,70%
Roraima	15	1	6,70%
Tocantins	139	10	7,20%
Total Norte	449	149	33,20%
Alagoas	102	44	43,10%
Bahia	417	164	39,30%
Ceará	184	88	47,80%
Maranhão	217	76	35,00%
Paraíba	223	30	13,50%
Pernambuco	185	97	52,40%
Piauí	223	29	13,00%
Rio Grande do Norte	167	23	13,80%
Sergipe	75	20	26,70%
<b>Total Nordeste</b>	<b>1.793</b>	<b>571</b>	<b>31,80%</b>
Distrito Federal	1	1	100,00%
Goiás	246	58	23,60%
Mato Grosso do Sul	78	21	26,90%
Mato Grosso	141	21	14,90%
<b>Total Centro-Oeste</b>	<b>466</b>	<b>101</b>	<b>21,70%</b>
Espírito Santo	78	32	41,00%
Minas Gerais	853	185	21,70%
Rio de Janeiro	92	59	64,10%
São Paulo	645	250	38,80%
<b>Total Sudeste</b>	<b>1.668</b>	<b>526</b>	<b>31,50%</b>
Paraná	399	102	25,60%
Rio Grande do Sul	496	121	24,40%
Santa Catarina	293	113	38,60%
<b>Total Sul</b>	<b>1.188</b>	<b>336</b>	<b>28,30%</b>
<b>Total Brasil</b>	<b>5.564</b>	<b>1.683</b>	<b>30,20%</b>

Fonte: IBGE e Ministério das Cidades, 2006

A seguir, analisamos alguns resultados dessa pesquisa que dizem respeito especificamente à questão habitacional.

A Tabela 2 mostra que, até fevereiro de 2007, 44,62% dos municípios pesquisados já haviam aprovado seus Planos Diretores Participativos nas Câmaras Municipais.<sup>7</sup> Pode-se considerar que a maior parte desses processos ocorreu após o Estatuto da Cidade, aprovado em 2001, que impôs prazo, obrigatoriedade e penalida-

<sup>7</sup> A pesquisa só considerou os Planos aprovados após 1996, uma vez que o Estatuto da Cidade definia dez anos como período máximo de vigência dos planos.

de aos municípios que desobedecessem as determinações dessa lei federal. Tais imposições, reforçadas pela atuação dos Ministérios Públicos em alguns estados, pressionaram sobretudo os prefeitos cujos mandatos iniciaram-se em 2004.

Se somarmos esses Planos já aprovados e sancionados como lei, os municípios que no momento da pesquisa estavam desenvolvendo seus Planos Diretores Participativos e aqueles que já os tinham enviado para as Câmaras Municipais, vemos que 86,93% dos 1.553 municípios pesquisados elaboraram, estavam elaborando ou revendo esse instrumento básico da política urbana municipal. Apesar da necessidade de avaliações qualitativas sobre os processos realizados, vale dizer que esse percentual dá uma ideia da dimensão do esforço técnico, político e social empreendido nessas centenas de municípios para aplicar o Estatuto da Cidade no país.

**Tabela 2 – Brasil: Porcentagem de Planos Diretores aprovados (elaborados e revistos) e em desenvolvimento (elaboração e revisão). 2007**

Estados e Macrorregiões	% municípios pesquisados (a) <sup>8</sup>	% municípios com PD aprovado após 1996 (b) <sup>9</sup>	% municípios com PD aprovado após 1996 e em desenvolvimento (b) <sup>10</sup>
Acre	80,00	75,00	100,00
Amapá	100,00	66,67	100,00
Amazonas	96,43	44,44	70,37
Pará	81,18	78,26	91,30
Rondônia	100,00	47,06	94,12
Roraima	100,00	0,00	0,00
Tocantins	90,00	33,33	77,78
<b>Total Norte</b>	<b>87,25</b>	<b>63,08</b>	<b>86,15</b>
Alagoas	97,73	48,84	81,40
Bahia	99,39	36,20	70,55
Ceará	100,00	45,45	72,73
Maranhão	96,05	56,16	83,56
Paraíba	100,00	63,33	93,33
Pernambuco	98,96	33,68	93,68
Piauí	58,62	23,53	70,59
Rio Grande do Norte	82,61	31,58	84,21
Sergipe	100,00	30,00	80,00
<b>Total Nordeste</b>	<b>96,14</b>	<b>41,61</b>	<b>79,56</b>

*Cont...*

<sup>8</sup> Foram pesquisados 1.553 municípios entre os 1.681 obrigados, pelo Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001), a ter seus Planos Diretores aprovados até o mês de outubro de 2006. A pesquisa foi realizada no âmbito do convênio entre o CONFEA e o Ministério das Cidades.

<sup>9</sup> Inclui Planos Diretores elaborados e revistos.

<sup>10</sup> Inclui Planos Diretores elaborados e revistos.

Estados e Macrorregiões	% municípios pesquisados (a)	% municípios com PD aprovado após 1996 (b)	% municípios com PD aprovado após 1996 e em desenvolvimento (b)
Acre	80,00	75,00	100,00
Distrito Federal	100,00	100,00	100,00
Goiás	105,36	28,81	86,44
Mato Grosso	100,00	47,62	90,48
Mato Grosso do Sul	76,19	75,00	93,75
<b>Total Centro-Oeste</b>	<b>97,98</b>	<b>41,24</b>	<b>88,66</b>
Espírito Santo	100,00	40,63	96,88
Minas Gerais	81,62	55,63	92,05
Rio de Janeiro	96,67	70,69	91,38
São Paulo	82,87	25,48	94,23
<b>Total Sudeste</b>	<b>85,04</b>	<b>42,54</b>	<b>93,32</b>
Paraná	100,00	49,50	93,07
Rio Grande do Sul	105,31	62,18	94,12
Santa Catarina	90,08	25,69	83,49
<b>Total Sul</b>	<b>98,21</b>	<b>46,20</b>	<b>90,27</b>
<b>Total Brasil</b>	<b>92,39</b>	<b>44,62</b>	<b>86,93</b>

Fonte: Ministério das Cidades e CONFEA. 2007.

(a) – Porcentagem sobre o total de municípios brasileiros obrigados, pelo Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001), a aprovar seus Planos Diretores até o mês de outubro de 2006.

(b) – Porcentagem sobre o total de 1.553 municípios pesquisados entre os 1.681 municípios brasileiros obrigados, pelo Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001), a ter seus Planos Diretores aprovados até o mês de outubro de 2006.

As macrorregiões Norte e Sul apresentaram percentuais maiores do que a taxa nacional de municípios com Planos Diretores Participativos já aprovados nas Câmaras Municipais: 63,08% e 46,20%, respectivamente. Considerando ainda os municípios cujos Planos estavam em desenvolvimento ou em processo de aprovação, notam-se percentuais que superam a taxa nacional nas macrorregiões Centro-Oeste, Sudeste e Sul: 88,66%, 93,32% e 90,27%, respectivamente.

#### 4 A presença do tema habitacional nos Planos Diretores Participativos

O exame da tabulação inicial da pesquisa permite inferências sobre a presença do tema “habitação” e “solo urbano para habitação” nos Planos Diretores Participativos elaborados sob a égide do Estatuto das Cidades. Do ponto de vista do conteúdo, as apostas dos PDPs podem ser identificadas em algumas vertentes diferentes: o reconhecimento dos assentamentos irregulares,

a viabilização de bancos de terras, a delimitação de Zonas Especiais de Interesse Social, a criação de sistemas municipais para a habitação de interesse social e sua inserção no Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, a implementação de instrumentos de efetivação da função social da propriedade, como o Parcelamento ou Edificação Compulsória e o IPTU Progressivo no Tempo.

Uma das questões da pesquisa se referia aos estudos específicos que foram feitos pelos municípios para subsidiar a elaboração do Plano. Segundo a Tabela 3, 46,30% dos municípios pesquisados elaboraram estudos habitacionais. No Nordeste e Sul, cujos municípios certamente apresentam grandes déficits habitacionais, esse percentual ficou abaixo da taxa nacional: 37,39% e 35,69%, respectivamente. Entretanto, em alguns estados da Região Norte, como Acre, Pará, e Roraima, esses percentuais superam 60%. O mesmo ocorre com os estados da região Centro-Oeste, onde a realização de 67% dos Planos incluiu a elaboração de estudos prévios sobre a questão da habitação. Destacam-se também Rio de Janeiro (58%) e São Paulo (70%), este último com um dos mais altos percentuais do país.

Considerando a disseminação generalizada dos problemas fundiários e habitacionais relacionados com os loteamentos clandestinos e irregulares existentes, possivelmente, em praticamente todos os municípios pesquisados, é baixo o percentual geral de estudos sobre esses temas específicos: no Brasil, somente 36,15% dos municípios pesquisados elaboraram estudos sobre loteamentos clandestinos e 41,19% realizaram estudos sobre loteamentos irregulares. No Nordeste esses percentuais ficaram abaixo de 30%: 25% e 28,21%, respectivamente. No Norte, onde a irregularidade fundiária é generalizada nos espaços urbanos, esses percentuais atingem 41,96% e 43,75%, respectivamente. Com exceção de Roraima, onde somente a capital Boa Vista estava obrigada a aprovar seu Plano Diretor Participativo, e o Distrito Federal, nenhum estado registrou mais de 70% de municípios que realizaram estudos sobre loteamentos clandestinos e irregulares.

**Tabela 3 – Brasil: Porcentagem de Planos Diretores que elaboraram estudos específicos relacionados com a questão habitacional. 2007**

Estados e Macrorregiões	% de PD segundo tipos de estudos específicos realizados (c)				
	Estudo sobre Habitacional	Estudo sobre loteamentos clandestinos	Estudos sobre loteamentos irregulares	Estudos sobre mercado imobiliário	Estudos sobre ocupações irreg. de baixa renda
Acre	50,00	25,00	25,00	0,00	0,00
Amapá	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Amazonas	47,37	47,37	47,37	31,58	47,37
Pará	66,67	50,79	52,38	23,81	52,38
Rondônia	12,50	18,75	25,00	6,25	18,75
Roraima	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
Tocantins	14,29	14,29	14,29	14,29	14,29
<b>Total Norte</b>	<b>50,89</b>	<b>41,96</b>	<b>43,75</b>	<b>21,43</b>	<b>41,96</b>
Alagoas	77,14	51,43	62,86	14,29	51,43
Bahia	25,22	9,57	6,09	0,87	2,61
Ceará	17,19	6,25	6,25	7,81	12,50
Maranhão	32,79	22,95	29,51	22,95	34,43
Paraíba	60,71	46,43	53,57	50,00	67,86
Pernambuco	39,33	32,58	37,08	22,47	34,83
Piauí	83,33	50,00	66,67	33,33	83,33
Rio Grande do Norte	43,75	50,00	56,25	56,25	68,75
Sergipe	43,75	37,50	43,75	43,75	43,75
<b>Total Nordeste</b>	<b>37,39</b>	<b>25,00</b>	<b>28,21</b>	<b>18,12</b>	<b>29,36</b>
Distrito Federal	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
Goiás	64,71	49,02	58,82	35,29	54,90
Mato Grosso	68,42	57,89	63,16	47,37	52,63
Mato Grosso do Sul	73,33	40,00	60,00	46,67	53,33
<b>Total Centro-Oeste</b>	<b>67,44</b>	<b>50,00</b>	<b>60,47</b>	<b>40,70</b>	<b>54,65</b>
Espírito Santo	38,71	41,94	45,16	29,03	35,48
Minas Gerais	42,45	36,69	38,85	23,02	31,65
Rio de Janeiro	58,49	58,49	64,15	49,06	60,38
São Paulo	70,92	51,02	60,71	43,37	57,65
<b>Total Sudeste</b>	<b>57,52</b>	<b>46,54</b>	<b>52,74</b>	<b>36,28</b>	<b>47,73</b>
Paraná	39,36	26,60	38,30	28,72	32,98
Rio Grande do Sul	38,39	36,61	40,18	22,32	35,71
Santa Catarina	28,57	30,77	32,97	16,48	26,37
<b>Total Sul</b>	<b>35,69</b>	<b>31,65</b>	<b>37,37</b>	<b>22,56</b>	<b>31,99</b>
<b>Total Brasil</b>	<b>46,30</b>	<b>36,15</b>	<b>41,19</b>	<b>26,44</b>	<b>38,30</b>

Fonte: Ministério das Cidades e CONFEA. 2007.

(c) – Porcentagem sobre o total de municípios com Planos Diretores aprovados (elaborados e revistos) ou em desenvolvimento (elaboração e revisão).

Com relação aos percentuais de municípios que elaboraram estudos sobre ocupações irregulares pela população de baixa renda, também encontramos valores relativamente baixos, tendo em vista a centralidade e generalização dessa problemática no universo urbano brasileiro, principalmente naqueles municípios obrigados a terem Planos Diretores Participativos que, segundo o Censo Demográfico de 2000, tinham pouco mais de 8 milhões de domicílios com carência de infraestrutura, a maior parte em ocupações irregulares pela população de baixa renda. Muitas vezes, nas cidades menores, tais ocupações encontram-se obscurecidas na percepção comum e ocultas na periferia relativamente distante das áreas centrais. No total, somente 38,30% dos municípios realizaram estudos sobre essas ocupações que deveriam ser temas de destaque nos Planos Diretores Participativos. As análises dos percentuais por regiões e estados não diferem significativamente dos dados referentes aos estudos sobre loteamentos clandestinos e irregulares. Destacam-se aqui também percentuais mais altos no Amazonas e Pará (em torno de 50%), em todos os estados da região Centro-Oeste (em torno de 53%) e no Rio de Janeiro e em São Paulo (respectivamente 60% e 58%).

## **5 As Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) nos Planos Diretores Participativos**

O instrumento das Zonas Especiais de Interesse Social, que representa uma destinação de parcela do território urbano para provisão de habitação popular (quando vazia) ou para regularização fundiária e urbanística (quando ocupada por assentamentos irregulares), parece ter sido bastante disseminado nos Planos Diretores Participativos.

A Tabela 4 a seguir mostra que 70,19% do total de municípios com PDPs incluíram esse importante instrumento de política urbana nos seus conteúdos. No Centro-Oeste esse percentual foi de 76,74%, no Norte foi de 75% e no Sul foi de 70,37%. No Sudeste não constam os dados referentes ao estado de São Paulo em função de atraso na tabulação. Entre os municípios pesquisados nessa macrorregião, 68,16% incluíram ZEIS nos PDPs, próximo à taxa nordestina que ficou em 68,58%. A inclusão dos dados referentes ao estado de São Paulo não deverá alterar significativamente esse quadro.

O modo de inclusão das ZEIS nos PDPs precisa ser mais bem analisado. Podem ter sido regulamentadas detalhadamente nos conteúdos do Plano Diretor Participativo e demarcadas cuida-

dosamente no território municipal em mapas anexos à lei. Ou então podem ter sido apenas mencionadas entre os instrumentos de política urbana para posterior regulamentação por meio de lei específica.

Cabe assinalar a necessidade de análises qualitativas mais detalhadas para mostrar o quanto as ZEIS incluídas nos PDPs respondem às demandas por melhorias nas condições habitacionais e por regularização fundiária nos assentamentos informais ocupados pela população de baixa renda. Ou o quanto as ZEIS demarcadas em áreas ociosas atendem as necessidades de terras urbanas para provisão habitacional de interesse social no município.

A possibilidade de vários municípios terem classificado favelas, loteamentos clandestinos e irregulares e conjuntos habitacionais populares como ZEIS propicia um vasto campo para estudos específicos mais aprofundados. Provavelmente, há menos possibilidade de termos ZEIS demarcadas em terras ociosas que configuram vazios urbanos os quais, desse modo, passam a ser áreas reservadas somente para a produção de empreendimentos habitacionais de interesse social que podem, ou não, ter outros tipos de atividades urbanas complementares à moradia.

A demarcação desse tipo de ZEIS em locais desocupados é mais difícil porque esse tipo de proposta gera conflitos com os proprietários dos imóveis inseridos nesses locais. Com a aplicação desse instrumento, tais proprietários passam a ter menos possibilidades de aproveitamento do solo urbano. Trata-se de uma restrição de uso que afeta diretamente o valor do imóvel.

Em outros casos, o conflito ocorre com agentes do mercado imobiliário que têm interesse em usar as áreas demarcadas como ZEIS para outros tipos de empreendimentos destinados a grupos sociais com maior poder aquisitivo. As ZEIS podem sofrer, também, oposições por parte dos moradores da vizinhança que entendem, erradamente, a aplicação desse instrumento como a perpetuação de habitações precárias que, por sua vez, são vistos como fatores de incomodidade e de desvalorização imobiliária.

**Tabela 4 – Brasil: porcentagem de Planos Diretores e leis específicas que tratam de Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS). 2007**

Estados e Macrorregiões	% de PD com ZEIS (c)			
	No Plano Diretor	Em lei específica	No Plano e em lei específica	Não se aplica à realidade do município
Acre	50,00	25,00	0,00	0,00
Amapá	100,00	0,00	0,00	0,00
Amazonas	78,95	5,26	21,05	0,00
Pará	71,43	11,11	7,94	0,00
Rondônia	87,50	6,25	6,25	0,00
Roraima	0,00	0,00	100,00	0,00
Tocantins	71,43	0,00	0,00	0,00
<b>Total Norte</b>	<b>75,00</b>	<b>8,93</b>	<b>9,82</b>	<b>0,00</b>
Alagoas	77,14	0,00	0,00	2,86
Bahia	81,74	0,87	9,57	3,48
Ceará	32,81	1,56	6,25	0,00
Maranhão	49,18	8,20	22,95	0,00
Paraíba	75,00	3,57	3,57	0,00
Pernambuco	76,40	0,00	10,11	1,12
Piauí	58,33	8,33	0,00	0,00
Rio Grande do Norte	100,00	0,00	0,00	0,00
Sergipe	93,75	0,00	6,25	0,00
<b>Total Nordeste</b>	<b>68,58</b>	<b>2,06</b>	<b>9,17</b>	<b>1,38</b>
Distrito Federal	100,00	0,00	0,00	0,00
Goiás	76,47	1,96	3,92	1,96
Mato Grosso	89,47	5,26	0,00	0,00
Mato Grosso do Sul	60,00	6,67	6,67	0,00
<b>Total Centro-Oeste</b>	<b>76,74</b>	<b>3,49</b>	<b>3,49</b>	<b>1,16</b>
Espírito Santo	83,87	3,23	3,23	0,00
Minas Gerais	64,75	9,35	11,51	0,00
Rio de Janeiro	67,92	5,66	15,09	0,00
São Paulo	Nd	Nd	Nd	Nd
<b>Total Sudeste</b>	<b>68,16*</b>	<b>7,62*</b>	<b>11,21*</b>	<b>0,00*</b>
Paraná	63,83	11,70	3,19	0,00
Rio Grande do Sul	53,57	4,46	8,93	2,68
Santa Catarina	97,80	3,30	5,49	2,20
<b>Total Sul</b>	<b>70,37</b>	<b>6,40</b>	<b>6,06</b>	<b>1,68</b>
<b>Total Brasil</b>	<b>70,19*</b>	<b>5,03*</b>	<b>8,41*</b>	<b>1,04*</b>

Fonte: Ministério das Cidades e CONFEA. 2007.

(c) – Porcentagem sobre o total de municípios com Planos Diretores aprovados (elaborados e revistos) ou em desenvolvimento (elaboração e revisão).

\* O cálculo desse percentual não considera os municípios do estado de São Paulo com Planos Diretores Participativos aprovados (elaborados e revistos) ou em desenvolvimento (elaboração e revisão).

Vale observar ainda que apenas 0,89% dos municípios com Planos Diretores disseram que as ZEIS não se aplicam às suas realidades locais. Os instrumentos de regularização fundiária e de ampliação do acesso à terra urbana podem ser considerados como necessidades comuns a praticamente todos os municípios pesquisados.

## 6 Utilização, Edificação e Parcelamento Compulsórios e Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) Progressivo no Tempo

A Utilização, Edificação e Parcelamento Compulsórios, combinados com o IPTU Progressivo no Tempo e com a Desapropriação com Pagamentos em Títulos da Dívida Pública, são instrumentos previstos no artigo 182 da Constituição Federal e regulamentados no Estatuto da Cidade cuja aplicação deve estar prevista, obrigatoriamente, na lei do Plano Diretor Participativo. Trata-se de penalidades aplicáveis aos proprietários que retêm, especulativamente, a terra e os imóveis urbanos. Penalidades que procuram induzir o cumprimento da função social da propriedade urbana.

Porém, o principal objetivo desses instrumentos não é penalizar tais proprietários ou aumentar a arrecadação municipal com a cobrança do IPTU Progressivo no Tempo. O objetivo principal é alcançar melhores formas de aproveitamento do solo urbano e dos vários tipos de investimentos públicos e privados realizados em determinadas áreas das cidades.

Apesar de o inciso I do artigo 42 do Estatuto da Cidade incluir a Utilização, Parcelamento e Edificação Compulsórios no conteúdo mínimo dos Planos Diretores Participativos, a aplicação desses instrumentos, acompanhados pelo IPTU Progressivo no Tempo e Desapropriação para fins de reforma urbana, não se disseminou na totalidade dos municípios pesquisados.

Pouco mais da metade dos Planos Diretores Participativos, 53,38%, incluíram esses instrumentos nos seus conteúdos. Em termos regionais, destaca-se o Sul e o Centro-Oeste, que registraram taxas percentuais de 65,32% e 60,47%, respectivamente. A instituição desses instrumentos por meio de lei específica ocorreu em 11,01% dos municípios com Planos Diretores Participativos aprovados e em desenvolvimento. O percentual daqueles que optaram por incluir esses instrumentos tanto em lei específica quanto no PDP corresponde a 7,33%. Entre esses municípios, somente 1,33% disseram que o Parcelamento e Edificação Compulsórios e o IPTU Progressivo no Tempo não se aplicam na realidade local.

Do mesmo modo como ocorreu nos dados sobre as ZEIS, o Sudeste tem no estado de São Paulo uma lacuna provocada pela falta de dados que não foram tabulados a tempo. Os percentuais calculados para essa região e para o total nacional não consideraram o PDP paulista nem os paulistanos, para evitar distorções. Entretanto, a inclusão dos dados referentes a esse estado não deverá alterar o quadro geral obtido com esses dados parciais. Vale observar que, em vários estados, mais de 65% dos PDPs inclu-

íram instrumentos de combate à retenção especulativa da terra e imóvel urbano: Alagoas, Bahia, Piauí, Rio Grande do Norte, Sergipe, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Sul e Santa Catarina. Merecem destaque Rio Grande do Norte, Mato Grosso e Rio Grande do Sul, que tiveram mais de 70% dos PDPs pesquisados com esse instrumento de manejo do solo urbano.

Porém, é preciso verificar o modo como esses instrumentos foram formulados nos conteúdos dos PDPs. A exemplo das ZEIS, podem ter sido somente mencionados entre outros instrumentos, com poucas regras e critérios para a autoaplicação, ou baseados em definições territoriais de aplicação acompanhadas por normas básicas de aplicação e critérios claros para identificação dos imóveis sujeitos às penalidades previstas. Também no caso da Utilização, Edificação e Parcelamento Compulsórios, IPTU Progressivo no Tempo e Desapropriação-sanção, percebem-se possibilidades de conflitos que, dependendo da correlação de forças políticas no processo de elaboração dos PDPs, pode-se ter maior ou menor autoaplicabilidade desses instrumentos.

**Tabela 5 – Brasil: Porcentagem de Planos Diretores e leis específicas que tratam de Parcelamento e Edificação Compulsórios e Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) Progressivo no Tempo. 2007**

Estados e Macrorregiões	% de PD com parcelamento e edificação compulsórios e IPTU progressivo no tempo (c)			
	No Plano Diretor	Em lei específica	No Plano Diretor e em lei específica	Não se aplica à realidade do município
Acre	25,00	25,00	0,00	0,00
Amapá	100,00	0,00	0,00	0,00
Amazonas	52,63	5,26	21,05	0,00
Pará	60,32	7,94	12,70	0,00
Rondônia	50,00	12,50	18,75	6,25
Roraima	100,00	0,00	0,00	0,00
Tocantins	42,86	0,00	0,00	0,00
<b>Total Norte</b>	<b>57,14</b>	<b>8,04</b>	<b>13,39</b>	<b>0,89</b>
Alagoas	65,71	2,86	0,00	5,71
Bahia	65,22	4,35	6,09	0,00
Ceará	17,19	7,81	3,13	0,00
Maranhão	32,79	8,20	14,75	1,64
Paraíba	35,71	3,57	7,14	7,14
Pernambuco	51,69	4,49	7,87	2,25
Piauí	66,67	8,33	0,00	8,33
Rio Grande do Norte	87,50	0,00	0,00	0,00
Sergipe	68,75	6,25	12,50	0,00
<b>Total Nordeste</b>	<b>50,00</b>	<b>5,28</b>	<b>6,65</b>	<b>1,83</b>

*Cont ...*

Estados e Macrorregiões	% de PD com parcelamento e edificação compulsórios e IPTU progressivo no tempo (c)			
	No Plano Diretor	Em lei específica	No Plano Diretor e em lei específica	Não se aplica à realidade do município
Distrito Federal	100,00	0,00	0,00	0,00
Goiás	52,94	7,84	11,76	1,96
Mato Grosso	73,68	0,00	15,79	0,00
Mato Grosso do Sul	66,67	6,67	13,33	0,00
<b>Total Centro-Oeste</b>	<b>0,47</b>	<b>5,81</b>	<b>12,79</b>	<b>1,16</b>
Espírito Santo	64,52	12,90	3,23	3,23
Minas Gerais	35,97	33,09	10,79	0,00
Rio de Janeiro	33,96	24,53	11,32	5,66
São Paulo	Nd	Nd	Nd	Nd
<b>Total Sudeste</b>	<b>39,46*</b>	<b>28,25*</b>	<b>9,87*</b>	<b>1,79*</b>
Paraná	52,13	12,77	6,38	0,00
Rio Grande do Sul	75,89	6,25	4,46	1,79
Santa Catarina	65,93	8,79	12,09	2,20
<b>Total Sul</b>	<b>65,32</b>	<b>9,09</b>	<b>7,41</b>	<b>1,35</b>
<b>Total Brasil</b>	<b>53,38*</b>	<b>11,01*</b>	<b>8,58*</b>	<b>1,56*</b>

Fonte: Ministério das Cidades e CONFEA. 2007.

(c) Porcentagem sobre o total de municípios com Planos Diretores aprovados (elaborados e revistos) ou em desenvolvimento (elaboração e revisão).

\* O cálculo desse percentual não considera os municípios do estado de São Paulo com Planos Diretores Participativos aprovados (elaborados e revistos) ou em desenvolvimento (elaboração e revisão).

A combinação das ZEIS demarcadas em terrenos ociosos com esses instrumentos de indução do cumprimento da função social da propriedade urbana reforça a pressão sobre o proprietário do imóvel para destinar essas áreas à provisão de habitação de interesse social. A pesquisa não coletou dados sobre a combinação de diferentes instrumentos de política urbana. Em tese, essa combinação pode reduzir o preço da terra urbana diminuindo os custos de produção de empreendimentos de interesse social. Tal resultado, gerado pela regulação intensa da propriedade privada, eleva o grau de conflitos entre o interesse público e o particular. Tais conflitos representam as dimensões dos desafios de reverter a lógica de provisão habitacional de interesse social no interior da cidade, em locais adequados, equipados e infraestruturados, não segregados nas periferias distantes, repletas de locais com riscos ambientais e vulnerabilidades sociais.

## 7 A questão fundiária e habitacional como eixo estrutural nos Planos Diretores Participativos

Os materiais de formação e sensibilização produzidos pelo Ministério das Cidades propõem que os Planos Diretores Participativos devem estruturar-se em torno de alguns eixos estruturantes que devem articular o conjunto de propostas para:

– a definição de diretrizes, planos, ações e investimentos setoriais;

– a definição das estratégias de ordenamento e regulação territorial baseadas em normas, parâmetros e critérios de uso e ocupação do solo e aplicação dos instrumentos de política urbana;

– a definição do sistema de planejamento e gestão territorial baseada em estruturas institucionais, instrumentos de consultas e tomadas de decisões democráticas e ferramentas técnicas para a formulação, implementação, monitoramento e avaliação das políticas urbanas.

Os eixos estruturantes orientam os principais objetivos da política urbana municipal. Os Planos Diretores Participativos que adotaram a oferta de terras para novas moradias como eixo estruturante do Plano representam 16,44% do total, destacando-se a Região Norte, que estruturou 25% dos seus PDPs em torno desse tema.

Aqueles que se detiveram na ação sobre vazios urbanos correspondem a 20,15%, com destaque para o Centro-Oeste, onde 44,19% dos PDPs procuraram enfrentar essa questão comum a várias cidades dessa região que se coloca como uma frente de expansão urbana e de crescimento populacional do país. No Sul e Sudeste, 21,5% e 21,24% dos Planos Diretores Participativos se basearam nessa ação sobre vazios urbanos.

Os PDPs que se estruturaram a partir de questões relacionadas com a regularização fundiária foram 27,19% do total. No Norte, onde a irregularidade gera vários conflitos pela posse e propriedade da terra urbana, 54,46% dos PDPs se estruturaram a partir de propostas e estratégias para a regularização fundiária. O Centro-Oeste, onde esse percentual chega a 36,05%, aparece na sequência.

Em alguns estados, tivemos mais de 50% dos PDPs estruturados em torno do eixo sobre a regularização fundiária. São eles: Amapá, Pará, Rondônia, Roraima, Piauí, Mato Grosso e Rio de Janeiro.

**Tabela 6 – Brasil: porcentagem de Planos Diretores que abordam questões estruturais relacionadas com o acesso a terra para habitação. 2007**

Estados e Macrorregiões	% de PD segundo questões estruturais abordadas (c)		
	Oferta de terras para novas moradias	Ação sobre vazios urbanos	Regularização fundiária
Acre	25,00	25,00	50,00
Amapá	0,00	0,00	100,00
Amazonas	15,79	10,53	47,37
Pará	31,75	23,81	52,38
Rondônia	18,75	18,75	81,25
Roraima	0,00	0,00	100,00
Tocantins	14,29	0,00	0,00
<b>Total Norte</b>	<b>25,00</b>	<b>18,75</b>	<b>54,46</b>
Alagoas	28,57	2,86	11,43
Bahia	33,91	13,91	30,43
Ceará	4,69	4,69	12,50
Maranhão	0,00	27,87	13,11
Paraíba	10,71	7,14	25,00
Pernambuco	19,10	13,48	10,11
Piauí	25,00	16,67	58,33
Rio Grande do Norte	0,00	18,75	37,50
Sergipe	12,50	25,00	31,25
<b>Total Nordeste</b>	<b>17,66</b>	<b>13,76</b>	<b>20,41</b>
Distrito Federal	0,00	0,00	100,00
Goiás	9,80	39,22	29,41
Mato Grosso	21,05	36,84	63,16
Mato Grosso do Sul	26,67	73,33	20,00
<b>Total Centro-Oeste</b>	<b>15,12</b>	<b>44,19</b>	<b>36,05</b>
Espírito Santo	22,58	25,81	45,16
Minas Gerais	12,23	16,55	20,14
Rio de Janeiro	24,53	92,45	60,38
São Paulo	6,12	4,59	7,65
<b>Total Sudeste</b>	<b>11,69</b>	<b>21,24</b>	<b>21,24</b>
Paraná	20,21	21,28	23,40
Rio Grande do Sul	14,29	26,79	47,32
Santa Catarina	21,98	15,38	24,18
<b>Total Sul</b>	<b>18,52</b>	<b>21,55</b>	<b>32,66</b>
<b>Total Brasil</b>	<b>16,44</b>	<b>20,15</b>	<b>27,19</b>

Fonte: Ministério das Cidades e CONFEA. 2007.

(c) Porcentagem sobre o total de municípios com Planos Diretores aprovados (elaborados e revistos) ou em desenvolvimento (elaboração e revisão).

A partir desses percentuais, nota-se a existência de um grande universo de Planos Diretores Participativos que trabalharam as questões habitacionais na perspectiva fundiária do acesso ao solo urbano. Por enquanto, a caracterização, a análise e a problematização desse universo estão no campo quantitativo. Os estudos qualitati-

vos sobre esse universo ainda são um campo amplamente aberto. A seguir é feito um quadro preliminar sobre alguns Planos Diretores Participativos aprovados e implementados recentemente. Nota-se, nesse quadro, inovações interessantes que se inserem nesse esforço nacional de implementação dos princípios e diretrizes do Estatuto da Cidade.

## 8 Planos Diretores Participativos – algumas experiências

Foi bastante intensa a adesão e participação dos movimentos organizados de luta por moradia e dos segmentos relacionados à reforma urbana nas diferentes etapas dos processos de elaboração dos Planos. No nível federal, os movimentos de moradia integraram a coordenação da campanha pelos Planos Diretores Participativos e estiveram à frente da construção das resoluções que orientavam os municípios quanto ao prazo final para a elaboração dos Planos Diretores<sup>11</sup>, que definiram critérios para a participação no Plano<sup>12</sup> e seu conteúdo mínimo.<sup>13</sup> O material oficial de apoio à Campanha pelo Plano Diretor Participativo, distribuído nacionalmente, ressaltava a necessidade de integração entre as políticas urbana e habitacional.<sup>14</sup> O material de apoio às dezenas de oficinas de capacitação que foram feitas em todo o país pelo Ministério das Cidades colocava a questão habitacional em primeiro plano como desafio a ser enfrentado pelos Planos Diretores. Do ponto de vista das articulações da sociedade civil, a Campanha constituiu uma das frentes de atuação dos movimentos de moradia em todo o país, com o claro propósito de viabilizar terras bem localizadas para a moradia popular.

Para além da estratégia nacional, os atores sociais da luta por moradia também estiveram presentes na maior parte dos Núcleos Estaduais e em muitos núcleos gestores dos planos nos municípios onde existem movimentos de moradia organizados. Em Fortaleza-CE, os movimentos de moradia, articulados em uma ampla frente, foram capazes de obstruir no Judiciário o encaminhamento de um Plano Diretor feito sem participação popular e sem um conteúdo redistributivo e

---

<sup>11</sup> “Resolução n. 09 do Conselho Nacional das Cidades, de 8 de junho de 2006, que recomenda e orienta os municípios acerca da obrigatoriedade de aprovação dos planos diretores no prazo legal de 10 de outubro de 2006.”

<sup>12</sup> “Resolução n. 25 do Conselho Nacional das Cidades, de 18 de março de 2006: orientações quanto à forma de elaboração, implementação e execução dos planos diretores municipais, e condições da obrigatoriedade de elaboração pelos municípios.”

<sup>13</sup> “Resolução n. 34 do Conselho Nacional das Cidades, de 01 de julho de 2006: orientações e recomendações quanto ao conteúdo mínimo do Plano Diretor.”

<sup>14</sup> Tais conteúdos encontram-se explicitados nos instrumentos do “Kit do Plano Diretor Participativo”, distribuído pelo Ministério das Cidades em todo o Brasil.

forçar a prefeitura a reiniciar do zero um novo Plano, mais alinhado com o conteúdo da reforma urbana e dispondo de respostas para a articulação entre a política urbana e habitacional (LOUREIRO, 2006). Em São Paulo, os movimentos de luta por moradia foram componentes fundamentais da chamada “Frente Popular pelo Plano Diretor”, que lutava pela democratização do acesso a terra durante a tramitação do Plano Diretor na Câmara dos Vereadores (BONDUKI, 2007). Os movimentos de luta por moradia foram componentes fundamentais também em momentos de consolidação participativa de propostas de Planos Diretores, como ocorreu no Congresso da Cidade de Santo André de 2003, que teve expressiva participação de movimentos populares, resultando na inserção de conteúdos relevantes para a política habitacional, como veremos adiante (SOUZA, 2007). Em Mariana-MG, após participarem do processo de construção do Plano Diretor, representantes de todos os bairros populares da cidade realizaram uma caminhada solene para entrega do projeto de lei do Plano ao presidente da Câmara Municipal, como forma de expressar simbolicamente seu apoio àquela versão do Plano, contra eventuais emendas abusivas. Com efeito, o Plano foi aprovado na Câmara sem uma única mudança (CYMBALISTA; CARDOSO, 2006).

Dentre as apostas nos Planos Diretores Participativos, sobressai o instrumento das Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) de áreas desocupadas, perímetros demarcados no zoneamento da cidade que devem ser ocupados prioritariamente para a habitação de baixa renda.<sup>15</sup> O Plano Diretor Participativo de Diadema deu continuidade a uma articulação já antiga entre as políticas urbana e habitacional, que se iniciou na primeira metade da década de 1990, constituindo a mais antiga experiência de ZEIS de áreas desocupadas no país (denominadas AEIS no município) e uma das poucas que foi sistematizada e avaliada. Os estudos revelam que o instrumento, articulado a uma política habitacional eficiente e progressista, logrou baixar os preços da terra em um primeiro momento e viabilizar significativo número de unidades habitacionais, tendo até mesmo impacto positivo sobre as áreas de proteção aos mananciais que, menos pressionadas pela demanda dos mais pobres, permaneceram razoavelmente preservadas após a implementação das AEIS (HEREDA et al., 1997).<sup>16</sup> A própria instância de gestão demo-

<sup>15</sup> Outra variante do mesmo instrumento são as ZEIS demarcadas sobre áreas já ocupadas com favelas, loteamentos clandestinos ou irregulares, que facilitam posteriores trabalhos de urbanização e regularização, instrumento que será tratado a seguir.

<sup>16</sup> Tsukumo (2002) aponta para os desafios referentes à qualidade urbanística resultantes da aplicação das AEIS em Diadema.

crática do instrumento de política urbana das AEIS não era um conselho de desenvolvimento urbano, mas um conselho de habitação, o conselho do FUMAPIS, composto de forma paritária com 50% de representantes dos movimentos de luta por moradia e 50% de representantes do governo (CYMBALISTA, 2000). Por outro lado, os estudos revelam também as dificuldades relacionadas à implementação do instrumento: em alguns anos, a escassez de áreas e a experiência dos atores do mercado imobiliário fizeram com que os preços subissem novamente; uma série de empreendimentos em AEIS apresenta baixa qualidade urbanística, pouco se diferenciando dos bairros ao seu redor (TSUKUMO, 2002). No caso de Diadema, a prefeitura utilizou o processo de construção do novo Plano Diretor da cidade, em 2001-2, para problematizar a questão do esgotamento de terras livres, em parte decorrente do próprio sucesso na implementação das AEIS sobre terrenos desocupados, e buscar novas alternativas para a moradia de interesse social – o que foi apenas parcialmente bem-sucedido, já que a articulação regional da política habitacional não foi atingida, pois o caráter essencialmente municipal da atual geração dos Planos Diretores Participativos não facilitou uma ação regional no ABC paulista.

Em outros municípios onde as ZEIS de áreas desocupadas já haviam sido propostas, como Santo André-SP, o Plano Diretor reiterou o instrumento, inserindo-o em uma lógica mais ampla da política urbana da cidade como um todo. Mas o movimento mais recorrente ocorreu em muitos municípios sem tradição de implementação de ZEIS de áreas desocupadas, nos quais o Plano Diretor foi o marco de entrada desse instrumento na regulação urbanística municipal.

Em São Paulo, os movimentos de luta por moradia, articulados na Frente Popular pelo Plano Diretor, foram responsáveis pelo mapeamento de milhares de metros quadrados de terrenos não edificados e imóveis desocupados, que foram delimitados como ZEIS no Plano Diretor (ainda que a utilização e a implementação dessas ZEIS sejam ainda um ponto em aberto).<sup>17</sup>

O Plano Diretor de Santo André (Lei nº 8.696 de 17 de dezembro de 2004) também regulamentou ZEIS sobre áreas não edificadas, além de definir critérios para a aplicação dos instrumentos de cumprimento da função social da propriedade previstos no art. 182 da Constituição (Edificação Compulsória, IPTU Progressivo no Tempo, Desapropriação-sanção com pagamento em títulos da dívida pública municipal). A partir de 2006, a prefeitura vem notificando

<sup>17</sup> Os desafios relacionados à implementação das ZEIS nas áreas centrais de São Paulo são abordados por Tsukumo (2007).

proprietários de terrenos considerados subutilizados pelo Plano Diretor – incluindo terrenos gravados como ZEIS –, sendo um dos municípios pioneiros nesse sentido, experiência a ser observada com proximidade, pois o sucesso na notificação dos proprietários e na aplicação desses instrumentos é vital para a implementação do Estatuto da Cidade (DENALDI; BRUNO, 2007).

Em Araraquara-SP, o processo de elaboração do Plano Diretor partiu da lógica de integração entre as políticas urbana e habitacional, e o objetivo do Plano era garantir terras desocupadas para a moradia de interesse social de forma a atender a demanda atual e para os dez anos seguintes à implementação do Plano, iniciado em 2001. A demanda habitacional para o período foi calculada agregando dados das famílias vivendo em condições inadequadas de habitabilidade (favelas e ocupações irregulares), as famílias que compunham a demanda habitacional que constava do sistema de cadastro habitacional do município e uma projeção da demanda habitacional para os dez anos seguintes. Chegou-se à estimativa da necessidade de cerca de 2.700.000 m<sup>2</sup> de áreas a serem reservadas para a habitação de baixa renda na cidade, o que foi garantido com a proposta de terrenos desocupados em metragem semelhante como uma das categorias de ZEIS propostas pelo Plano (MOURAD, 2006). A mesma metodologia e o mesmo processo de elaboração e demarcação ocorreram em Vinhedo, município da região metropolitana de Campinas.

A diversidade de situações urbanísticas no Brasil nem sempre aponta para a necessidade de implementação de perímetros específicos para a moradia de interesse social. Em Aparecida de Goiânia (assim como em muitos municípios na Região Centro-Oeste), o problema da cidade não era a escassez, mas o excesso de lotes desocupados, produzidos por práticas permissivas de parcelamento do solo, chegando a 68% dos lotes da cidade, ou 158 mil lotes desocupados para uma população de 336 mil habitantes. A maior parte dos lotes encontrava-se em mãos de proprietários privados, e a qualidade urbanística e a infraestrutura de muitos loteamentos eram ruins. Nesse município, o Plano Diretor aprovado em dezembro de 2001 buscava aumentar a capacidade do poder público de gerir esse estoque de lotes desocupados e direcionar a sua oferta para a política habitacional do município. O Plano Diretor definiu um zoneamento específico, que diferenciava a cidade entre as áreas que deveriam ser mais intensivamente utilizadas e aquelas onde a ocupação deveria ser desestimulada, e articulou estratégias específicas de tributação da terra para cada uma das zonas: descontos para os locais que não deveriam ser

adensados e IPTU Progressivo para as zonas de ocupação intensiva. Além disso, o Plano Diretor instituiu um banco de lotes, estoque de lotes desocupados de domínio público, a ser utilizado na política habitacional do município. Proprietários podem contribuir para o banco de lotes de várias formas, entre elas cedendo lotes como pagamento de dívidas com a prefeitura ou como contrapartida à aquisição onerosa do direito de construir (SANTANA, 2006).

## **Conclusão**

Desde as diferentes fases do período de atuação do BNH e do Sistema Financeiro da Habitação, as alternativas de moradia promovidas ou financiadas pelo setor público foram majoritariamente produzidas nas franjas ou fora das cidades, em situações muito próximas à produção do setor informal. Além de distantes e precárias, a abertura destas frentes de expansão urbana sobre solo rural tem sido um dos grandes indexadores dos mercados de terra nas cidades, encarecendo-a na medida em que é no processo de transformação do rural em urbano que reside um dos processos mais agudos de valorização imobiliária (SMOLKA, 2003). Ao longo dessa história, tem sido limitada a capacidade dos municípios de estabelecer um planejamento e gestão de seu território em função de sua baixa capacidade política de impor limites para a ocupação urbana e captar a valorização imobiliária decorrente dos investimentos públicos.

A Constituição brasileira e o Estatuto da Cidade apostaram na implementação de uma política fundiária que, baseada em processos de planejamento participativos locais, pudesse ampliar o acesso à terra urbanizada e bem localizada para a moradia, rompendo com o modelo extensivo e excludente de promoção de novas periferias.

Os municípios, em sua grande maioria, elaboraram seus Planos Diretores, e, em grande número desses Planos, o tema da moradia e solo urbano e instrumentos de política fundiária estão presentes. Há que se apontar, entretanto, as limitações e fragilidades desses processos de planejamento locais. Em primeiro lugar, estes foram elaborados em sua grande maioria sem referências ou marcos de planejamento regionais e, muito menos ainda, nacionais. Essa questão é particularmente importante e problemática no caso das regiões metropolitanas ou na relação do planejamento local com as bacias hidrográficas que transcendem as fronteiras municipais. Esse é um limite da ação exclusivamente focada no município utilizada na Campanha pelos Planos Direto-

res Participativos, fruto mais das contingências do momento – prazo de 2006 definido pelo Estatuto da Cidade e a necessidade de que este não se transformasse imediatamente em “lei que não pega” antes mesmo de ser experimentado – do que propriamente de uma opção radicalmente descentralizadora.

Em grande número de municípios, a elaboração dos Planos representou um processo coletivo de reconhecimento do território, de seus limites e vulnerabilidades físico-ambientais e dos interesses conflitantes que atuam sobre ele. Evidentemente, em muitos casos, os processos participativos reduziram-se a encenações burocráticas “para cumprir a lei”, sem investimentos políticos por parte do governo ou da sociedade civil. Da mesma forma, será necessário verificar em quais casos os dispositivos e normas que constam dos Planos Diretores Participativos refletem processos que efetivamente buscam aliar a política urbana e a habitacional e interferir na oferta de terras para os mais pobres e em quais casos os instrumentos constam dos Planos apenas para cumprir obrigatoriedades da Constituição, do Estatuto da Cidade e das resoluções do Conselho Nacional das Cidades.

Particularmente, as Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) que estão presentes em mais de 70% dos PDPs podem abrir possibilidades para a regularização fundiária e melhoria das condições urbanísticas e habitacionais em favelas, loteamentos irregulares ou clandestinos e conjuntos habitacionais populares existentes nas cidades do país. O combate aos vazios urbanos e imóveis ociosos, por meio da Utilização, Edificação e Parcelamento Compulsórios, IPTU Progressivo no Tempo e Desapropriação-sanção, também pode abrir possibilidades para aproveitar as glebas, lotes e edifícios desocupados para a produção de moradias populares. Caso os PDPs combinem esses instrumentos com ZEIS demarcadas nesses imóveis, são maiores as possibilidades de ampliação do acesso ao solo urbano para aquelas moradias. Os PDPs podem, simplesmente, definir áreas adequadas do ponto de vista urbano e socioambiental para a expansão urbana e implantação de empreendimentos habitacionais de interesse social. Ou então, por meio de uma política de regularização fundiária plena, podem integrar de forma definitiva os assentamentos informais populares à cidade.

A implementação desses instrumentos de política fundiária, que entrelaçam a política habitacional à política urbana, é um desafio tão grande ou maior do que a elaboração dos Planos Diretores Participativos e sua aprovação nas Câmaras Municipais. Para isso, os municípios enfrentarão uma série de obstáculos: a fragilidade e baixa capacidade de gestão das secretarias e órgãos responsáveis;

a resistência em mudar procedimentos de trabalho; as pressões constantes de interesses privados ligados ao processo de valorização da terra urbana sobre legislativos e prefeitura; a cultura política do acordo negociado fora de esfera pública. A visão setorialista das políticas é também um forte obstáculo a ser superado: a ação do município no território permanece dividida em componentes estanques – habitação, saneamento, mobilidade – que constroem seus processos de planejamento e gestão de forma independente e, na maior parte dos municípios, os Planos Diretores Participativos foram construídos nessa mesma lógica, de certa forma como um Plano “setorial” da Secretaria de Urbanismo ou de Planejamento do município, e não como Plano de articulação entre setores.

Tais dificuldades tornam-se mais graves quando se consideram as perspectivas de uso dos recursos do Fundo de Habitação de Interesse Social (FNHIS), que vão exigir a instituição de Conselhos e Planos Municipais e Estaduais de Habitação, e os investimentos em habitação e saneamento previstos pelo Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) em várias cidades do país. Se a aplicação desses recursos ocorrer sem política fundiária, mecanismos de controle social e incremento na capacidade de gestão territorial, poderemos assistir à repetição de cenários já vividos em nossas cidades quando a abundância de crédito imobiliário e fontes de financiamento do desenvolvimento urbano, combinada à baixa capacidade de controle do uso e ocupação do solo, produziu um modelo caracterizado pela segregação, exclusão socioterritorial e precariedade urbano-ambiental.

Todos esses limites e desafios não significam, entretanto, que este texto deva ser encerrado em tom cético ou pessimista. Pelo contrário: é exatamente porque agora temos, por um lado, abundância de créditos e subsídios para que estes possam chegar a rendas mais baixas e, por outro lado, processos sociopolíticos que estabeleceram as bases para uma gestão territorial, que hoje é possível se falar em política de acesso ao solo urbanizado para a maioria da população em muitas cidades do Brasil. Particularmente, a implementação das ZEIS, seja para provisão seja para regularização fundiária plena, com os recursos disponíveis hoje para urbanizar favelas e construir moradias, pode ser uma aposta que, se bem-sucedida, ao mesmo tempo fortalecerá o planejamento e a implementação do Estatuto das Cidades. Se, e onde, essas novas apostas resultarão em novas cidades mais includentes e equilibradas é algo a ser observado com proximidade nos próximos anos.

## Referências

- ARAÚJO, Adelmo. **O PREZEIS enquanto instrumento de regulação urbanística**. Revista Proposta n. 61. Rio de Janeiro: FASE, 1994.
- ARRETCHE, Marta T. S. Intervenção do Estado e Setor Privado: o Modelo Brasileiro de Política Habitacional. **Espaço & Debates**, São Paulo, ano X, n. 31, p. 21-36, 1990.
- AZEVEDO, S.; ANDRADE, L.A. **Habitação e Poder: da fundação da casa popular ao Banco Nacional da Habitação**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- BOLAFFI, Gabriel. **A Casa das Ilusões Perdidas: aspectos socioeconômicos do Plano Brasileiro de Habitação**. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, 1977.
- \_\_\_\_\_. Habitação e Urbanismo: o problema e o falso problema. In: MARICATO, Ermínia. **A produção capitalista da casa (e da cidade) no Brasil Industrial**. São Paulo: Alfa Ômega, 1979.
- BONDUKI, Nabil Georges. **Origens da habitação social no Brasil**. São Paulo: Estação Liberdade, 1998.
- \_\_\_\_\_. Mutirão e autogestão: a experiência da administração Luiza Erundina em São Paulo. In: BONDUKI, Nabil Georges. (Org.). **Habitat: as práticas bem-sucedidas em habitação, meio ambiente e gestão urbana nas cidades brasileiras**. São Paulo: Studio Nobel, 1996.
- \_\_\_\_\_. O Plano Diretor Estratégico de São Paulo. In: BUENO, Laura M.; CYMBALISTA, Renato. (Orgs.). **Planos Diretores Municipais: novos conceitos de planejamento territorial**. São Paulo: Anna Blume/Instituto Polis/PUC Campinas, 2007. p. 215-243.
- CYMBALISTA, Renato. **Conselhos de habitação e desenvolvimento urbano**. Cadernos Polis 1. São Paulo: Instituto Polis, 2000.
- CYMBALISTA, Renato; CARDOSO, Patrícia. **Sistematização do Plano Diretor de Mariana-MG**. Banco de Experiências de planos diretores participativos do Ministério das Cidades, 2006.
- DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (Orgs.). **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001). São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- DENALDI, Rosana; BRUNO, Fernando G. Parcelamento, edificação e utilização compulsórios: aplicação do instrumento para fazer cumprir a função social da propriedade. In: ENCONTRO NACIONAL DA ANPUR, 12., 2007, Belém. **Anais...** Belém: UFPA, 2007. CD-ROM.
- GOHN, Maria da Glória. **Movimentos sociais e lutas pela moradia**. São Paulo: Loyola, 1991.
- HEREDA, Jorge et al. O impacto das AEIS no mercado imobiliário de Diadema. In: ROLNIK, Raquel; CYMBALISTA, Renato. **Instrumentos urbanísticos contra a exclusão social**. Revista Polis 29. São Paulo: Instituto Polis, 1997.
- KOWARICK, Lúcio. **As lutas sociais e a cidade**: São Paulo, passado e presente. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

LOUREIRO, Joísa Maria B. **Luta da sociedade civil pela democratização do processo de elaboração do plano diretor:** mobilização e capacitação social. Banco de Experiências de planos diretores participativos do Ministério das Cidades, 2006.

MARICATO, Ermínia T. M. **Indústria da Construção e Política Habitacional.** Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1983.

\_\_\_\_\_. Moradia e movimentos sociais na cidade. In: Seminário Movimentos Sociais em Perspectiva, 1994, São Paulo. **Anais...** São Paulo: Faculdade de Educação (USP), 1991.

\_\_\_\_\_. **Brasil, cidades:** alternativas para a crise Urbana. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

MELO, Marcus André B. C. de. Estruturação intra-urbana, regimes de acumulação e Sistemas Financeiros da Habitação: Brasil em perspectiva comparada. **Espaço & Debates**, São Paulo, ano X, n. 31, 1990.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. Primeira Conferência Nacional das Cidades. Brasília, nov. 2003.

MIRANDA, Lívia. **O PREZEIS do Recife:** 15 anos da construção de uma política habitacional de interesse social no município. Rio de Janeiro: Observatório das metrópoles, IPPUR/FASE/UFPE/Finep, 1997.

MONTEMOR, Roberto. As teorias Urbanas e o planejamento Urbano no Brasil. In: Diniz, Clélio Campolina. (Org.). **Economia Regional e Urbana** – Contribuições recentes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

MOURAD, Laila Nazem. **Democratização do acesso a terra em Diadema.** Dissertação (Mestrado em Urbanismo), Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2001.

\_\_\_\_\_. **ZEIS de vazios conforme demanda de terra para habitação popular projetada para os próximos 10 anos.** Banco de Experiências de Planos Diretores participativos do Ministério das Cidades, 2006.

NAKANO, Anderson Kazuo. **Quatro COHABs da Zona Leste de São Paulo:** Territórios, Poder e Segregação. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

OSÓRIO, Letícia M. (org.). **Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras.** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

RIBEIRO, Luiz C. de Q.; SANTOS JR., Orlando A. (Orgs.). **Globalização, Fragmentação e Reforma Urbana.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

RIBEIRO, Luiz C. de Q.; CARDOSO, Adauto. **Reforma Urbana e Gestão Democrática.** Promessas e desafios do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Revan/FASE, 2003.

ROLNIK, Raquel. **Cada um em seu lugar!** São Paulo, início da industrialização: geografia do poder. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1981.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Estatuto da Cidade:** guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília: CAIXA/ Instituto Polis/Senado Federal, 2002.

\_\_\_\_\_. Instrumentos urbanísticos contra a exclusão social: Introdução. In: ROLNIK, Raquel; CYMBALISTA, Renato. (Orgs.). **Instrumentos urbanísticos contra a exclusão social.** Revista Pólis 29. São Paulo: Instituto Pólis, 1997.

ROLNIK, Raquel; CYMBALISTA, Renato. **Regulación del Urbanismo en América Latina: Desafíos en la construcción de un nuevo paradigma.** URBAL, 2000. Mimeo.

SADER, Eder. **Quando novos personagens entram em cena:** experiências, falas e lutas dos trabalhadores da grande São Paulo. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

SANTANA, Rodrigo B. **Estratégia para criação de banco de lotes a partir do plano diretor participativo.** Banco de Experiências de Planos Diretores Participativos do Ministério das Cidades, 2006.

SERPA, Claudia B. **Limites e Possibilidades de uma Política Fundiária no Estado Capitalista –** Política de Terras do BNH. Dissertação – Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1988.

SMOLKA, Martim. Regularização da Ocupação do Solo Urbano: a solução que é parte do problema, o problema que é parte da solução. In: ABRAMO, Pedro. (Org.). **A cidade da informação:** o desafio das cidades latino-americanas. Rio de Janeiro: Sette Letras/FAPERJ, 2003.

SOUZA, Maria Adélia Aparecida. O II PND e a Política Urbana Brasileira: uma contradição evidente. In: DEAK, Csaba; SCHIFFER, Sueli T. R. (Orgs.). **O Processo de Urbanização no Brasil.** São Paulo: EDUSP, 1999.

SOUZA, Claudia V. C. Santo André: instrumentos utilizados na elaboração do Plano Diretor Participativo para viabilizar a participação e a negociação entre os atores. In: BUENO, Laura M.; CYMBALISTA, Renato. (Orgs.). **Planos Diretores Municipais:** novos conceitos de planejamento territorial. São Paulo: Anna Blume/Instituto Pólis/ PUC Campinas, 2007.

TSUKUMO, Isadora T. **Produção de habitação em áreas especiais de interesse social (AEIS):** o caso do município de Diadema. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, 2002.

\_\_\_\_\_. **Habitação social no centro de São Paulo:** legislação, produção, discurso. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, 2007.

# A prenotação no registro de imóveis

***Luciana Buksztejn Gomes***

*Advogada no Rio Grande do Sul  
Especialista em Direito Imobiliário, Notarial e Registral*

## **RESUMO**

O registro da incorporação imobiliária, conforme a Lei nº 4.591/64, permite ao incorporador alienar as futuras unidades autônomas. É contravenção relativa à economia popular o incorporador negociar frações ideais de terreno sem previamente satisfazer as exigências constantes da referida lei. A prática demonstra que a venda, bem como a liberação de crédito por parte das instituições que financiam a incorporação imobiliária, é feita a partir do fornecimento da certidão de prenotação do Ofício Imobiliário. Já que os efeitos do registro retroagem à data da prenotação, essa certidão habilita o incorporador a praticar determinados atos. Não existe referência expressa acerca desse documento, ele é fruto da criação doutrinária, através da interpretação de diversos dispositivos legais constantes do Código Civil e nº Lei nº 6.015/73, basicamente.

**Palavras-chave:** Incorporação imobiliária. Registro de imóveis. Certidão de prenotação. Criação doutrinária.

## **ABSTRACT**

The activity of real estate incorporation registry, according to the Law nº 4591/64, allows the developer to sell the future units. It means contravention against popular economy if he deals ideal fraction of the land without previous satisfaction of the above named law. Practice shows that the sale, as well as the credit liberation by financial institutions, is done after providing the Register of Deeds' official previous attestation . Since the registry effects retroact to the date of the previous attestation, this certificate allows the developer to practice some specific acts. There is no express reference about this document, it is a doctrinaire creation, based on the interpretation of articles from Civil Code and Law nº 6015/73.

**Keywords:** Activity of real estate incorporation. Register of Deeds. Attestation of official previous. Doctrinaire creation.

## **Introdução**

É comum que o incorporador imobiliário utilize financiamento bancário, vinculando a liberação de cada parcela do crédito a

determinadas fases do processo de incorporação. Por vezes, ocorre de uma grande parcela ser liberada pelo agente financeiro, quando feita a prenotação no Registro de Imóveis.

O questionamento que surge é se a prenotação no Ofício Imobiliário é equivalente ao registro da incorporação imobiliária no que tange a: (1) possibilidade imediata de venda das futuras unidades imobiliárias e (2) liberação de valores por parte do agente financeiro. Na realidade, há hoje no mercado parcela de profissionais que entende que a certidão de prenotação habilita para todas as práticas comerciais, como se a incorporação já estivesse registrada.

Enquanto advogados de incorporadoras, nos vemos no compromisso de apresentar todos os documentos necessários ao Registro de Imóveis, a fim de que o registrador nos forneça a tão esperada "certidão de prenotação".

Este documento, que tem sua redação modificada em cada Registro de Imóveis, já habilita o incorporador imobiliário a iniciar a venda das futuras unidades imobiliárias? A prática demonstra que sim, mas juridicamente existe permissão legal para isso? É o que propõe este estudo, na tentativa de ajudar a entender melhor o que seria a certidão de prenotação e sua eventual diferença com o registro da incorporação.

O trabalho será dividido em três tópicos, nos quais buscamos tecer breves notas acerca da incorporação imobiliária e do Registro de Imóveis, bem como da certidão de prenotação e de alguns julgados envolvendo a prenotação. Destacamos que houve a preocupação de aproximar ao máximo este estudo à vivência dos profissionais que militam nas causas imobiliárias, ou que precisam do Registro de Imóveis para dar andamento ao seu trabalho.

## **1 Breves notas acerca da incorporação imobiliária e do Registro de Imóveis**

A Lei nº 4.591/64 regula as incorporações imobiliárias. No seu art. 28, parágrafo único, conceitua o que vem a ser esse instituto: "Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas."

Percebe-se que o objetivo da incorporação é a alienação de unidades autônomas que serão construídas. Assim, querendo um empreendedor vender unidades imobiliárias prontas, usará as regras do Código Civil quanto à compra e venda, e não a Lei nº 4.591.

A mesma lei, no art. 32, traz o rol de documentos necessários para o registro da incorporação e diz em seu *caput*: "O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos [...]." Note-se que o dispositivo refere *arquivado*, e não registrado.

A Lei nº 6.015, de 1973, que regula os Registros Públicos, já em seu artigo 1º estabelece que "os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta lei".

Diniz (2007) explica que há autenticidade do registro porque se cria uma presunção de verdade, sendo retificável. Não é por outra razão que se diz que a presunção do registro é *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário. Nesse sentido, o Código Civil estabelece, no art. 1.247, que "se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule" (DINIZ, 2007, p. 24). A segurança jurídica pretendida pelos registros públicos, segundo a autora, é obtida pelo "aperfeiçoamento do controle dos lançamentos e dos cadastros imobiliários, constituindo um repositório de informações" (DINIZ, 2007, p. 24).

Quanto à eficácia do registro, entende a autora que será: (a) *erga omnes*; (b) constitutiva, no sentido de provocar a aquisição, alteração ou extinção de direitos<sup>1</sup>; (c) asseguratória de sua autenticidade; (d) conservatória de documentos ou de atos; e (e) reduzida (ou, como outros autores referem, declaratória), "pois há certos atos ou negócios imobiliários que serão lavrados para reforçar a declaração de propriedade imóvel já existente, como é o caso da usucapião" (DINIZ, 2007, p. 25).

Oportuno lembrar que o "Registro de Imóveis é o ofício público, em que se dá publicidade a atos de transmissão dos bens imóveis e aos direitos reais sobre imóveis ou a negócios jurídicos que a eles interessem" (MIRANDA, 1983, p. 207-208).

A Lei nº 6.015/73, no art. 167, I, 17, estabelece que "no Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: I- o registro: [...] 17- das incorporações, instituições e convenções de condomínio".

Então o ato registral que dá a eficácia *erga omnes* é o registro, e não o arquivamento. Nesse sentido,

Segundo o princípio da eficácia do registro, só é transcritível, ou inscritível, ou averbável, o que, com o

<sup>1</sup> Nesse sentido, o art. 1.227 do Código Civil prescreve: "Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos, salvo os casos expressos neste Código."

registro, se faz mais eficaz do que sem ele, ainda que tal eficácia seja só declarativa. O que já é eficaz *erga omnes*, ou já é, sem o registro, direito real, não precisa e não deve ser registrado. Por exemplo: os direitos de vizinhança [...] (MIRANDA, 1983, p. 219-220).

Ainda, o artigo 172 da Lei nº 6.015, que estabelece:

No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, "inter vivos" ou "mortis causa" quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade.

Com isso, o que parece é que a eficácia *erga omnes* da incorporação imobiliária só será atingida depois de registrada no Ofício Imobiliário. No entanto, existe dispositivo legal no Código Civil que dispõe: "Art. 1.246. O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo."

Oportuno lembrar que no Registro de Imóveis existem obrigatoriamente cinco livros, sendo um deles (o Livro I), chamado de Protocolo<sup>2</sup>, que servirá para apontamento de todos os títulos apresentados diariamente, com exceção dos que forem apresentados apenas para exame e cálculo dos respectivos emolumentos.<sup>3</sup>

No Protocolo, o título receberá um número de ordem, que garantirá a sua prioridade no caso de surgir outro título referente ao mesmo imóvel. Reza o art. 186 da Lei nº 6.015/73 que "o número de ordem determinará a prioridade do título, e esta a preferência dos direitos reais, ainda que apresentados pela mesma pessoa mais de um título simultaneamente".

Nesse sentido, a Consolidação Normativa Notarial e Registral do Rio Grande do Sul, no art. 315, VII, estabelece que entre os princípios que norteiam o serviço, a função e a atividade registral, estão os da "prioridade e preferência - a outorgar ao primeiro a apresentar o título a prioridade *erga omnes* do direito e a preferência na ordem de efetivação do registro" (CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA, 2011, p. 74).

Explicam Swensson, Swensson Neto e Granja Swensson (2006, p. 390) que a prioridade no lançamento do título no Protocolo determinará a preferência no registro e na aquisição dos direitos

<sup>2</sup> A regulamentação acerca dos Livros encontra-se a partir do art. 173 da Lei nº 6.015/73.

<sup>3</sup> Lei nº 6.015/73, art. 12, parágrafo único.

reais em relação a outro que tenha sido protocolado posteriormente, desde que os títulos se refiram a direitos reais que incidam sobre o mesmo imóvel.<sup>4</sup>

Ensina Carvalho (1982, p. 216) que

o princípio da prioridade significa que, num concurso de direitos reais sobre um imóvel, estes não ocupam o mesmo posto, mas se graduam ou classificam por uma relação de precedência fundada na ordem cronológica do seu aparecimento: prior tempore potior jure.

Explica que esse princípio tem por base o princípio da especialidade, uma vez que os direitos só podem tornar-se contraditórios se disserem respeito ao mesmo imóvel. Ainda, entende que a prioridade desempenha seu papel de maneira diferente, ora sendo exclusiva, ora sendo gradual.

A prioridade exclusiva, em seu entender, incide "quando os direitos que acorrem para disputar o registro são reciprocamente excludentes, a prioridade assegura o primeiro, determinando a exclusão do outro". Já "quando, ao contrário, não são reciprocamente excludentes, a prioridade assegura o primeiro, concedendo *graduação inferior ao outro*". Esclarece sua tese explicando que no caso da propriedade, firma a posição o primeiro que se apresentar e tiver seu título inscrito, ao passo que na hipoteca, por exemplo, firma a posição o primeiro que se apresentar e tiver seu título inscrito, conferindo ao outro o segundo grau. Conclui dizendo que "a prioridade é *exclusiva*, quando os direitos são incompatíveis, e *gradual*, quando são compatíveis" (CARVALHO, 1982, p. 217).

Orlandini Neto entende que o princípio da prioridade foi mantido no Código Civil de 2002, mas aparentemente apenas para a hipoteca. Entende ainda que é preciso uma justificativa para aplicar referido princípio também para os outros direitos reais, já que a lei, apenas ao cuidar da hipoteca, é que menciona que o número de ordem no protocolo determina a prioridade, e esta, a preferência (art. 1.493, parágrafo único). Segue o raciocínio com a referência ao art. 1.227, do mesmo diploma legal, que nos remete aos artigos 1.245 a 1.247, sendo que o art. 1.246 diz que o registro é eficaz desde a data da prenotação. Ensina "que a constituição e a transmissão dos direitos reais por ato entre vivos é eficaz desde a data da prenotação" (ORLANDINI NETO, 2003, p. 36).

O autor acrescenta que, mesmo que não expressamente, haverá preferência entre os títulos contraditórios, daquele que for

<sup>4</sup> Os autores apresentam duas exceções à regra, constantes dos arts. 1.494 e 1.495, ambos do Código Civil.

lançado com numeração mais baixa no Livro Protocolo. Exemplifica citando o caso de disputa entre uma compra e venda e uma hipoteca, supondo que se aquela já estiver prenotada, impossibilitará o registro da hipoteca. Se a hipoteca receber número de ordem mais baixo no protocolo, a compra e venda será registrada, mas o imóvel estará hipotecado.

Conclui ensinando que, "como se vê, ainda que sem regra explícita, infere-se do sistema que o princípio da prioridade aplique a todos os direitos reais constituídos ou transferidos por atos entre vivos" (ORLANDINI NETO, 2003, p. 37).

Ao tratar sobre o art. 1.245, Silva (2002) ensina que há uma ligação estabelecida pelo legislador entre título e registro, o que reforça, assim, a tese de que a alienação é um ato complexo, que se inicia com a lavratura do título e se encerra com o registro. Ensina também que um título sem registro gera apenas obrigação pessoal, não se opondo a terceiros. E segue:

Bem a propósito, convém esclarecer que o registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao Oficial e este o prenotar no protocolo, tal como prescreve o artigo 1.246 e já determinava o velho Código. [...] Diante dos termos do artigo 1.246, acima mencionado, claro está que não é apenas por questão de ordem que o artigo 182, da Lei nº 6.015/73, determina o apontamento do título no protocolo no momento de sua apresentação. Como se infere, a finalidade da prenotação não é apenas determinar a preferência de um título em relação a outro, mas, também, garantir a eficácia dele a partir do seu ingresso (SILVA, 2002).

Carvalho (1982) explica que, depois de prenotados os títulos, tem início a fase da seleção, que os separa em dois grupos, o dos inscritíveis e o dos não inscritíveis. A seleção coloca os títulos em "estado de pendência", que somente cessa quando são inscritos ou devolvidos aos interessados, depois de cancelada a respectiva prenotação. Distingue, com maestria, a prenotação no protocolo da inscrição preventiva no livro de inscrição, já que a primeira "arma o estado de suspensão para um direito *não inscrito*, ao passo que a inscrição preventiva o instaura para um *direito inscrito*" (CARVALHO, 1982, p. 393).

Como entre a prenotação e a inscrição há uma fase de seleção, muitos títulos prenotados não chegarão a ser inscritos. Salienta que o título no protocolo valerá ordinariamente trinta dias, prazo este marcado para que o apresentante do título, por exigência do registrador, o ponha de acordo com a lei (CARVALHO, 1982, p. 396). Nesse sentido o art. 205 da Lei nº 6.015, que estabelece:

Cessarão automaticamente os efeitos da prenotação se, decorridos 30 (trinta) dias do seu lançamento no Protocolo, o título não tiver sido registrado por omissão do interessado em atender às exigências legais.

Em síntese do que foi até o momento abordado, trazemos breves notas sobre o tema, escritas pelo ilustre professor Ceneviva (2009, p. 433):

O número de ordem e a prenotação são indicados pela lei em separado. Dizem respeito, porém, ao mesmo objetivo, de fazer prevalecer a prioridade do direito real. *Prenotação* é assentamento prévio, no protocolo. Assegura precedência do direito real ao qual o título se refere. Seus efeitos destinam-se a vida efêmera; cessam em trinta dias se o interessado se omitir no atendimento de exigências legais opostas pelo oficial. Se, entretanto, o registro for cumprido, a precedência do direito real começa com a prenotação. Declarada dúvida pelo serventuário e julgada esta improcedente, o registro vale desde a data da prenotação.

Percebemos que, entre os Registros Públicos, o que tem a competência para o registro das incorporações imobiliárias é o Registro de Imóveis. Pelos dispositivos trazidos, observamos que o que aparentemente concede a eficácia *erga omnes* é o registro, e não o arquivamento. Como bem ensina Carvalho (1982), após a prenotação, vai haver uma seleção, de forma que alguns títulos poderão ser inscritos e outros não, ficando estes em "estado de pendência". Porém, a prática demonstra que, ainda que atendam todos os requisitos legais para o registro, pode ocorrer de o título ficar aguardando apenas a sua vez de ser lançado na citada matrícula, como veremos a seguir.

## 2 Certidão de prenotação

Logo que ingressa no Registro de Imóveis, o título deve ser prenotado. Como visto, a prenotação se opera mediante a inscrição no Livro I, de Protocolo, do número de ordem, da data da apresentação, do nome do apresentante, da natureza formal do título e dos atos que formalizar, resumidamente mencionados. Esses requisitos vêm expostos no art. 175 da Lei nº 6.015.

Uma vez prenotado, o título será encaminhado para verificação de seus requisitos e possibilidade de registro. Contando todos os elementos necessários, o título será registrado; caso contrário será devolvido ao apresentante com uma nota de impugnação. Quando atendidos todos os itens da mencionada nota, devolvidos os documentos ao Ofício Imobiliário, este procederá no respectivo registro.

Pelos artigos mencionados até o momento, podemos observar que os efeitos da prenotação garantem a eficácia do registro, sendo a mesma *ex tunc*. Por exemplo, se o título ingressa no Registro de Imóveis (sendo prenotado) no dia 5 de agosto e é registrado no dia 25 de agosto, a eficácia desse registro conta-se a partir do dia 5.

Assim, em tese, poderíamos pedir certidão de prenotação de todos os títulos que já foram prenotados no Livro I. As razões para que alguém assim o fizesse poderiam ser as mais diversas possíveis.

O fato é que, com o passar do tempo e com a evolução dos negócios jurídicos (e especialmente dos negócios imobiliários), criou-se uma certidão de prenotação com efeitos bem direcionados às transações imobiliárias, principalmente no que toca à liberação de crédito junto às instituições financeiras em incorporações imobiliárias.

É comum que o financiamento da obra, objeto de incorporação imobiliária, esteja vinculado a fases do processo, como a compra do terreno, protocolo no Registro de Imóveis e o respectivo registro, entre tantas outras que podem motivar a liberação do crédito.

Nesse sentido, para poderem receber o crédito relativo a uma parcela da obra, a praxe demonstra que existe uma certidão de prenotação que certifica que os documentos estão de acordo com a legislação, aguardando apenas a sua vez para serem registrados. Isso demonstra, como visto, que a eficácia do registro inicia da data em que o mesmo foi prenotado, ainda que o registro propriamente seja efetuado dias depois.

Essa certidão de prenotação assumiu uma função muito importante na atualidade, visto que os incorporadores têm um forte cronograma de andamento das obras e eventual demora no registro pode causar imensos prejuízos.

Na realidade, a certidão de prenotação, independente do título ao qual se refira, atesta que o documento foi prenotado, mas nem sempre vai certificar que o mesmo está apto para o registro. Por isso a novidade dessa "modalidade" de certidão, que possivelmente tenha sido criada com o objetivo de ajudar os incorporadores a terem seus créditos liberados e, quando atesta que o título foi prenotado, garante que está apto para o registro.

Transcrevemos a seguir uma certidão de prenotação fornecida por um dos Registros de Imóveis de Porto Alegre, a fim de clarear a compreensão deste estudo.

Certifico que, revendo os livros deste Serviço, verifiquei constar que deu entrada em \_\_\_, prenotado sob nº \_\_\_, com retorno em \_\_\_, um requerimento datado de \_\_\_, referente a um pedido de registro de incorporação imo-

biliária de um condomínio residencial denominado \_\_\_, em nome de \_\_\_, CNPJ \_\_\_, com sede em \_\_\_, a ser construído sobre o terreno de matrícula nº \_\_\_. Dito instrumento encontra-se em condições legais de registro, aguardando apenas a sua vez de ser lançado na citada matrícula. Dou fé.

Resta bem claro que o registrador entendeu estar completa a documentação, aguardando para o registro apenas "a sua vez de ser lançada". Em um caso específico que tivemos, de posse dessa certidão, a incorporadora conseguiu a liberação da parcela do financiamento da obra e iniciou a venda das futuras unidades autônomas.

Ainda sobre o tema, alguns artigos da Lei nº 6.015 que contribuem para o estudo, referentes ao processo do registro:

Art. 182 - Todos os títulos tomarão, no Protocolo, o número de ordem que lhes competir em razão da seqüência rigorosa de sua apresentação.

Art. 183 - Reproduzir-se-á, em cada título, o número de ordem respectivo e a data de sua prenotação.

Art. 186 - O número de ordem determinará a prioridade do título, e esta a preferência dos direitos reais, ainda que apresentados pela mesma pessoa mais de um título simultaneamente.

Art. 191- Prevalecerão, para efeito de prioridade de registro, quando apresentados no mesmo dia, os títulos prenotados no Protocolo sob número de ordem mais baixo, protelando-se o registro dos apresentados posteriormente, pelo prazo correspondente a, pelo menos, um dia útil.

Segundo entendimento de Nery Junior e Nery (2009, p. 966), "o Código Civil celebra o princípio da prioridade pela apresentação e consequente prenotação do título. Não importa a data do registro, seus efeitos se operam *ex tunc*, ou seja, a partir da data da prenotação do título no protocolo".

O Conselho Nacional de Justiça, ao se manifestar sobre o Ato Conjunto 36/2009 - Aviso TJ 05/2009 - Restabelecimento Ato Executivo Conjunto 27/99 - Resolução 15/99 - Conselho Magistratura - Incompetência, fez uma ponderação cuja parte que nos serve para este estudo segue aqui exposta:

É assente na doutrina e jurisprudência que, preenchidos os requisitos ditados pela legislação, não há como denegar a prenotação ao título que se apresenta perante o registrador. No entanto, quais seriam os requisitos legais para a prenotação? São, na verdade, apenas dois: a) a apresentação do título na serventia registral para a efetivação do registro; b) realização dos

emolumentos devidos pelo registro, acaso não se trate de ato gratuito.

Quanto ao primeiro requisito, o ato de prenotar deve considerar a necessária existência, ao menos potencial, de direito real e a consistente vontade de fazê-lo valer contra terceiros. Quanto à questão do depósito prévio dos emolumentos, até em razão da responsabilidade dos cartorários pela sua realização, prevista no artigo 217 da LRP, cuida-se, da mesma forma, de requisito para a prenotação.

Na verdade, a exigência de requerer o depósito prévio dos emolumentos por ocasião da prenotação é dever do registrador, sob pena de obrigar-se ao registro do título, e de recolher adequada e obrigatoriamente todas as verbas devidas mesmo sem perceber os emolumentos e taxas. Isto porque, como se sabe, não há como devolver título prenotado que esteja apto para o registro. Interessa a ordem pública que os títulos aptos ao registro, acaso prenotados, tenham seus registros concluídos (BRASIL, 2009, p. 7).

A decisão apresenta um ponto de vista interessante, no que diz respeito à necessidade de serem registrados os títulos prenotados, considerando o interesse público. De fato, a Lei nº 6.015 estabelece que os Registros Públicos devem observar a segurança, a autenticidade e a eficácia dos atos jurídicos. É interesse de toda a sociedade que o Ofício Imobiliário se aproxime da realidade, isto é, que os dados ali arquivados estejam de acordo com os fatos mencionados.

### 3 Julgados envolvendo a prenotação

No sentido dos efeitos da prenotação, trazemos interessante julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em Apelação Cível nº 193.620.4/9-00, julgada em 21/8/2007 pela 9ª Câmara de Direito Privado, cuja ementa é a seguinte:

Ação Pauliana - Extinção com resolução do mérito - Decadência - Art. 178, § 9, V, "b", do CC 1916 - Inconformismo - Desacolhimento - Termo inicial contado da data da prenotação do título no registro de imóveis - Arts. 533 e 534, do CC 1916, e 182, 183 e 186, da Lei n.º 6.015/73 - Sentença confirmada - Recurso desprovido (BRASIL, 2007b).

No caso em tela, o apelante Banco do Brasil S.A. sustentou que a data de início da fluência do prazo decadencial seria a do registro do contrato de compra e venda do imóvel, e não a de sua prenotação. Alegou que teriam cessado os efeitos da prenotação pela demora de mais de trinta dias para atendimento das exigênci-

as feitas pelo cartório, incidindo, no caso, o artigo 205 da Lei nº 6.015/73.

O Tribunal entendeu que a sentença não deveria ser reformada, pois teria sido consumada a decadência.

*In casu*, o título havia sido apresentado em cartório, para registro, no dia 8/12/1995, sendo nessa data recepcionado pelo oficial. Entendeu o juízo *ad quem* ser esse o termo inicial do prazo decadencial. Ainda, foi decidido que não houve prova de que foram feitas exigências, razão pela qual afastado o art. 205 da Lei nº 6.015. Entendeu o Tribunal que a "justificativa para a validade da prenotação encontra-se na sua publicidade, pois, enquanto não caducar, sua existência torna público o contrato de compra e venda" (BRASIL, 2007b).

Em conclusão, recepcionado o contrato de compra e venda pelo cartório em 8/12/1995, teria iniciado a fluência do prazo de quatro anos previsto pelo artigo 178, § 9º, V, "b", do Código Civil de 1916, escoando-se em 8/12/1999. Tendo sido ajuizada a demanda em 9/12/1999, "inevitável a extinção do feito, pois o direito do apelante já estava fulminado pela decadência" (BRASIL, 2007b).

Não se deve confundir a prioridade do título, recém-abordada, com outros dois conceitos, quais sejam, preferência dos direitos reais e prenotação no Protocolo. Para ilustrar, vejamos decisão do STJ, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 110085, julgado em 20/4/1999 pela 4ª Turma:

AGRAVO. REGISTROS PÚBLICOS. PRENOTAÇÃO. Ausência de prequestionamento quanto aos temas de que tratam os arts. 167, 169 e 172 da Lei de Registros Públicos. As normas dos arts. 182 e 186 da Lei nº 6.015, de 31.12.73, dizem respeito ao número de ordem dos títulos apresentados em cartório. Só com a prenotação não se opera o efeito "erga omnes".

Fundamento expedito pelo V. Acórdão que, de resto, não é objeto de impugnação hábil pelo recorrente.

Agravo desprovido (BRASIL, 1999).

A seguir, decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na Apelação Cível nº 8230/2007, julgada em 2/10/2007 pela 9ª Câmara Cível:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO PÚBLICO. DÚVIDA SUSCITADA PELA DELEGATÁRIA QUANTO AO INÍCIO DO PRAZO DA PRENOTAÇÃO DO TÍTULO APRESENTADO A REGISTRO. - O art. 205 da Lei de Registros Públicos é explícito quanto ao início do prazo da prenotação. Ele começa a partir do seu lançamento no Protocolo, terminando, após trinta dias. Cessam os efeitos da prenotação se o título não tiver sido registrado por

omissão do interessado em atender às exigências legais. - Apelo provido (BRASIL, 2007a).

É interessante a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal na Apelação Cível nº 20000150046874APC, acórdão nº 329.240, julgada em 5/11/2008 pela 4ª Turma Cível, que traz em seu inteiro teor questão acerca da perda dos efeitos da prenotação, cuja ementa é a seguinte:

CIVIL - PROCESSO CIVIL - PEDIDO DE CANCELAMENTO DE PRENOTAÇÃO DE TÍTULO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO - AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE - IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Não faz sentido o cancelamento da prenotação do título, pelo decurso do prazo para atendimento de exigências feitas pelo registrário, para dar ensejo a nova prenotação do mesmo título, bastando que se cumpra as exigências. 2. Apelo improvido. Unânime (BRASIL, 2008).

No caso, o inventariante de espólio requereu o cancelamento da prenotação afirmando que a mesma já perdera a eficácia, nos termos do art. 205 da Lei nº 6015. O Oficial do Cartório do 1º Ofício argumentou que a lei não prevê o cancelamento automático, que ocorre apenas nos casos trazidos pelo art. 250 da referida lei.<sup>5</sup> O acórdão reproduziu entendimento do magistrado de 1º grau, do qual retiramos trecho e colacionamos a seguir:

A prenotação, por seu turno, tem a finalidade de dar cumprimento a princípio caro à sistemática registral - o da prioridade (art. 181 da LRP) - mercê do qual prevalece o direito real sobre o imóvel na ordem que o respectivo título aporta ao registro.

Não se pode confundir, ao meu ver, cessação dos efeitos da prenotação - pela qual o título primeiro apresentado perde sua precedência em relação a outros que tenham sido apresentados ou outros que no futuro se apresentarão - com o cancelamento da mesma.

Em síntese: a circunstância de o título não ter sido registrado no prazo de 30 dias tem apenas o efeito de fazer cessar a ordem de prioridade do mesmo, de tal arte que, posteriormente, não poderá o apresentante primitivo se prevalecer de sua prenotação, em face de outro. Ou por outra: não se pode confundir o plano da existência - pois a prenotação não deixa de existir - com a perda de seu efeito básico (plano da eficácia), que é a prioridade do título anteriormente apresentado.

<sup>5</sup> "Art. 250. Far-se-á o cancelamento: I- em cumprimento de decisão judicial transitada em julgado; II- a requerimento unânime das partes que tenham participado do ato registrado, se capazes, com as firmas reconhecidas por tabelião; III- a requerimento do interessado, instruído com o documento hábil."

Posto isto, é relevante notar que o cancelamento judicial da prenotação só se daria se houvesse algum vício que pudesse implicar na providência. [...] A circunstância de ter sido apresentado por outra pessoa, que até esta data não terá cumprido as exigências do Oficial, não importa: se agora a interessada primitiva não mais existe, o espólio poderá dar continuidade ao registro, a teor do que prescreve o art. 217 da Lei de Registros Públicos, bastando atender às exigências anteriormente feitas ou, caso as tenha por impertinentes, requeira seja instaurado o procedimento de dúvida (BRASIL, 2008).

O julgado trata de uma diferenciação importante, qual seja, a cessação dos efeitos da prenotação e o cancelamento da mesma. Vai haver a cassação dos efeitos quando, dentro de trinta dias, o título não houver sido registrado (e isso faz cessar, como bem explica a decisão, a ordem de prioridade do mesmo). Já o cancelamento só vai ocorrer nos casos previstos no art. 250 da Lei nº 6.015, já abordado acima.

## Conclusão

O Registro de Imóveis tem um desafio, que surge em razão da velocidade das negociações e do crescente interesse das empresas em vender imóveis em fase de incorporação, isto é, ainda na planta.

O regramento dado às incorporações imobiliárias serviu como forma de aumentar a segurança dos adquirentes das futuras unidades autônomas, que, vendo uma série de documentos arquivados no Registro Público competente, passaram a confiar mais na seriedade do negócio e na solidez da empresa incorporadora.

Mas o verdadeiro desafio fica evidente quando, ao mesmo tempo em que devem ser ágeis, devem os Registros Públicos, e aqui especialmente o Registro de Imóveis, prezar pelos seus princípios basilares, entre os quais se encontra o da segurança jurídica.

Houve um aumento de programas sociais, como o Minha Casa, Minha Vida, entre outros, que facilitaram a aquisição da propriedade imobiliária, reduzindo inclusive os emolumentos cartoriais e deram mais agilidade ao procedimento como um todo. O Registro de Imóveis, assim, deve se adequar a essa nova realidade social.

Condicionar a venda de unidades autônomas e a liberação de crédito às incorporadoras mediante apenas o registro da incorporação vai na contramão do que vivemos hoje. Estando todos os documentos arquivados e em condições de registro, apropriada é a emissão da certidão de prenotação, que habilita o incorporador a seguir com as demais etapas do negócio.

Cabe salientar que buscamos esclarecer alguns conceitos trazidos pelo ordenamento jurídico e pela Lei dos Registros Públicos no que tange à prenotação, prioridade e preferência. Em resumo, a prenotação ocorre quando o título ingressa no Ofício Imobiliário e é inscrito no Livro I, de Protocolo. Quanto à prioridade, poderíamos dizer que estaria relacionada com o momento de apresentação do título; um título apresentado antes de outro terá prioridade na prenotação. Por fim, fala-se na preferência dos direitos reais, isto é, a preferência na ordem da efetivação do registro.

Assim, nos parece acertada a decisão proferida pelo STJ em julgamento datado de 1/12/1997 no Recurso Especial 134815, conforme se vê abaixo:

Penal. Contravenção. Economia Popular. Compra e Venda. Arquivamento de documentos. Registro Imobiliário. Prenotação. 1. Procedendo a empresa incorporadora ao arquivamento no registro imobiliário dos documentos necessários à alienação das unidades residenciais, comprovado através da prenotação, não resta configurada a infração prevista nos arts. 66, I da lei 4.591/64 c/ c 69 do Código Penal. 2. Recurso não conhecido (BRASIL, 1997, grifos nossos).

A decisão vai ao encontro do que sustentamos neste estudo, no sentido de que bastaria o arquivamento dos documentos exigidos pela Lei nº 4.591, para as incorporações imobiliárias, para que fosse fornecida a certidão de prenotação e, assim, realizados os demais atos previstos no cronograma do incorporador. Vimos que a certidão de prenotação pode ser solicitada de qualquer documento que tenha sido prenotado. Nesse sentido, não haveria infração por parte da incorporadora se iniciasse a venda das futuras unidades autônomas tendo em mãos apenas a certidão de prenotação.

## Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de Controle Administrativo nº 200910000012863. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Estado do Rio de Janeiro - ANOREG - BR. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Conselheiro Felipe Locke Cavalcanti. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://docs.google.com/> viewer?&a=v&q=cache:g2Azx6fTrNUJ:https://www.cnj.jus.br/ecnj/download.php%3Fnum\_protocolo%3D100012445804730%26seq\_documento%3D1+procedimento+DE+CONTROLE+ADMINISTRATIVO+N.%C2%BF0+200910000012863&hl=ptBR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESgMrGalP544gYz4IXKQn6LsPrw0HOFNs9r7-eVzrhnUn9GwCz\_VizotVN87M3UN2K\_wtNS2HibioMMeluVWQGaMoEc5fxsGbCW62vpukmNfjKIVYOkNJWeFUOtMGZfXQ\_IHst&sig=">http://docs.google.com/ viewer?&a=v&q=cache:g2Azx6fTrNUJ:https://www.cnj.jus.br/ecnj/download.php%3Fnum\_protocolo%3D100012445804730%26seq\_documento%3D1+procedimento+DE+CONTROLE+ADMINISTRATIVO+N.%C2%BF0+200910000012863&hl=ptBR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESgMrGalP544gYz4IXKQn6LsPrw0HOFNs9r7-eVzrhnUn9GwCz\_VizotVN87M3UN2K\_wtNS2HibioMMeluVWQGaMoEc5fxsGbCW62vpukmNfjKIVYOkNJWeFUOtMGZfXQ\_IHst&sig=">

AHIEtbRAlighttquLko66VtTRIYhnYJrHQA>. Acesso em: 20 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 110085. Agravante: Banco do Brasil S.A. Agravado: Banco do Estado do Paraná S.A. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, 20 de abril de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=prenota%E7%E3o+e+registro&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8>>. Acesso em: 4 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Especial nº 134815. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Márcio Antonio Carlos Machado. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 1 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=prenota%E7%E3o+e+registro&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10>>. Acesso em: 4 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 20000150046874APC. Apelante: espólio de Candida Marcelino de Queiroz rep/inventariante Sebastião Gomes de Souza. Apelado: Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis do Distrito Federal. Relator: Desembargador Estevam Maia. Brasília, 5 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdf.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=jrhtm03&ORIGEM=INTER&PGATU=329240&1=&ID=203262383&OPT=&DOCNUM=1>>. Acesso em: 05 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 8230/2007. Apelante: Antonio Pereira Duarte. Apelado: Awa Petróleo Ltda. Relator: Desembargador Joaquim

Alves de Brito. Rio de Janeiro, 2 de outubro de 2007a. Disponível em <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003040819111813EA> BAE7A0AAB7B39536758047C3542E5C>. Acesso em: 14 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 193.620.4/9-00. Apelante: Banco do Brasil S.A. Apelados: Roberto Filipelo e outros. Relator: Desembargado Grava Brazil. São Paulo, 21 de agosto de 2007b. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsggetArquivo.do?cdAcordao=975938&vlCaptcha=Rxxyi>>. Acesso em: 14 jan. 2011.

**CARVALHO, Afrânio de. Registro de Imóveis:** Comentários ao sistema de registro em face da Lei nº 6.015/73, com as alterações da Lei nº 6.216, de 1975. 3.ed. rev.e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

**CENEVIVA, Walter. Lei do Registros Públicos Comentada.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

**CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA.** Consolidação Normativa Notarial e Registral, instituída pelo provimento nº 32/06-CGJ, atualizada até o provimento nº 002/2011-CGJ. **SEDOC** - Serviço de Documentação e Divulgação da CGJ, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNNR\\_CGJ\\_Janeiro\\_2011\\_Prov\\_02.pdf](http://www1.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNNR_CGJ_Janeiro_2011_Prov_02.pdf)>. Acesso em: 19 jan. 2011.

**DINIZ, Maria Helena. Sistema de Registro de Imóveis.** 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

**MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado** - parte especial, tomo XI. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7.ed. rev., ampl. e atual. até 25.08.2009. São Paulo: RT, 2009.

ORLANDINI NETO, Narciso. O Registro de Imóveis e o Novo Código Civil. **Boletim do IRIB em Revista**, n. 310, maio/jun. 2003 . Disponível em: <<http://www.irib.org.br/html/boletim/bir-detalhe.php?bir=34>>. Acesso em: 20 jan. 2011.

SILVA, Ulysses da. **O Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/01/02) e o Registro de Imóveis**. IRIB - 2002. Não paginado. Disponível em: <[http://www.14ri.com.br/cc\\_e\\_ri.htm](http://www.14ri.com.br/cc_e_ri.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2011.

SWENSSON, Walter Cruz; Swensson Neto, Renato; Granja Swensson, Alessandra Seino. **Lei dos Registros Públicos Anotada**. 4.ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

# **Lei nº 12.349/2010 e a promoção do desenvolvimento nacional**

***Fernanda Ongaratto Diamante***  
Advogada da CAIXA em São Paulo  
Especialista em Direito pela Fundação Escola do  
Ministério Público do Estado do Paraná

## **RESUMO**

As recentes alterações trazidas pela Lei nº 12.349/2010 criaram exceções à regra que veda preferências e distinções nos procedimentos licitatórios, ao permitir a realização de ações afirmativas com o fim de fomentar o desenvolvimento nacional. Entre outras, permite-se, agora, a aquisição de produtos ou serviços nacionais por preço superior ao estrangeiro em até 25%. Produtos e serviços provenientes do Mercosul também poderão desfrutar da referida vantagem. Ademais, restringe às empresas com tecnologia nacional a participação em licitações para sistema de tecnologia de informação e comunicação. A criação de tal exceção, de certo modo, relativiza o tratamento isonômico que deverá ser dispensado a todos os concorrentes, ao mesmo tempo em que questiona um dos objetivos primordiais do procedimento de licitação. Por isso, tal alteração deve ser veementemente questionada e justificada, diante da importância do tema para o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Promoção do desenvolvimento nacional. Princípio da isonomia. Relativização. Vantagens na aquisição de produtos ou serviços nacionais.

## **ABSTRACT**

The recent changes introduced by Law nº 12.349/2010 created exceptions to the rule which forbids preferences and distinctions in the bidding procedures, to allow for affirmative action in order to foster national development. Among others, it is allowed now to purchase products or services by national higher price abroad up to 25%. Products and services from Mercosur will also enjoy that advantage. Moreover, restricted to companies with national technology participation in bidding for system information and communication technology. The creation of such an exception, somehow relativized isonomic treatment to be meted out to all competitors, while questioning one of the primary objectives of the bidding procedure. So this change should be strongly questioned and justified, given the importance of the issue to the legal system.

Keywords: Promotion of national development. Principle of equality. Relativization. Advantages when purchasing products or services national.

## Introdução

A Lei nº 12.349/2010 acrescentou ao artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações) mais um objetivo a ser alcançado por meio dos procedimentos licitatórios: a promoção do desenvolvimento nacional. Trata-se de inovação surpreendente.

Seu estudo revela-se bastante importante, tanto na teoria como na prática. Na teoria, pois, com a inclusão de tal objetivo, os outros dois objetivos das licitações, quais sejam, a seleção da melhor proposta para a Administração e o tratamento isonômico a todos os concorrentes, deverão ser reavaliados e, quiçá, relativizados. Na prática, pois o poder de compras do Estado será, agora, utilizado para favorecer produtos e serviços nacionais e ligados aos setores de pesquisa e inovação tecnológica desenvolvida no país em detrimento de licitantes estrangeiros.

A inclusão da “promoção do desenvolvimento nacional” entre as finalidades da licitação mostra-se como inovação profunda e demonstra toda a complexidade do tema, além de propor uma nova sistematização para a matéria, o que, por certo, obrigará os estudiosos a repensar muitas das concepções tidas como inabaláveis.

Com este trabalho, busca-se comentar essa ampliação dos objetivos da licitação decorrente da Lei nº 12.349/2010, bem como se tenta, ousadamente, oferecer uma nova sistematização ao tema e, paralelo a isso, abordar, de forma resumida, as principais tendências doutrinárias do estudo da matéria.

O objetivo deste trabalho é apontar e compreender as alterações trazidas pela Lei nº 12.349/2010 no que tange aos procedimentos licitatórios, questionar e examinar os motivos que as determinaram, identificar as ações afirmativas previstas na referida lei, bem como gerar uma reflexão acerca do novo objetivo ali inserido e questionar sua validade como forma de fomentar o desenvolvimento nacional – e a real possibilidade de que tal objetivo seja alcançado da forma prevista.

## 1 Referencial teórico

Para Meirelles (2010, p. 28), são duas as finalidades da licitação: selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e garantir absoluta igualdade entre os interessados. Na obra de Meirelles, portanto, a promoção do desenvolvimento social não é

citada ainda como finalidade da licitação. O autor, contudo, aborda profundamente a Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), que traz em seu bojo ações afirmativas com o objetivo de facilitar a inclusão de micro e pequenas empresas nos procedimentos licitatórios.

Já Oliveira (2010) vislumbra a alteração introduzida pela Lei nº 12.349/2010 como inclusão de mais um objetivo nos procedimentos licitatórios: a promoção do desenvolvimento nacional. A referida autora descreve também, em seu artigo, as ações afirmativas tendentes a cumprir o novo objetivo introduzido pela referida lei.

Também Spinetti (2010, p. 1) entende que a promoção do desenvolvimento social passou a ser incluída no rol dos objetivos da licitação. Para ele:

[...] o artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93 elenca os objetivos e os princípios que norteiam as licitações. Especialmente no tocante aos objetivos da licitação, ou seja, ao que se pretende atingir quando se realiza um certame, inclui-se mais um objetivo, que, agora, são em número de 03 (três), a destacar: a) obediência ao princípio constitucional da isonomia; b) obtenção da melhor proposta; e c) promoção do desenvolvimento nacional.

## 2 As inovações da Lei nº 12.349/2010

A Lei nº 12.349/2010, resultado da conversão da Medida Provisória nº 495/2010, introduziu modificações relevantes na Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações) – que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que institui as normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Se antes da referida lei os objetivos da licitação, isto é, as finalidades buscadas com a realização de procedimento licitatório, eram dois – viabilizar a seleção da melhor proposta para a Administração e proporcionar tratamento isonômico a todos os concorrentes – agora o número de objetivos foi aumentado.

A supracitada lei, ao alterar o *caput* do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, dispositivo principiológico basilar dos procedimentos licitatórios, acrescenta mais um objetivo ao procedimento de licitações, qual seja, a promoção do desenvolvimento nacional. Eis o teor do referido artigo:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da imparcialidade, da

moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).

Ressalta-se que tais modificações vinculam a União, estados e municípios, bem como os órgãos ligados a estes entes, pois, conforme preconiza o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, a competência para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos é privativa da União.

De acordo com a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 495/2010 (2010), incluir entre as finalidades das licitações o desenvolvimento econômico nacional permite que se utilize o poder de compra governamental “como instrumento de promoção do mercado interno, considerando-se o potencial de demanda de bens e serviços domésticos do setor público, o correlato efeito multiplicador sobre o nível de atividade, a geração de emprego e renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do país”.

As mudanças decorrentes da referida medida provisória deixam claro o objetivo do governo de utilizar o poder de compras do Estado como instrumento de implementação de políticas públicas, afirma Bittencourt (2010). Contudo tal desiderato não é novidade no ordenamento. A Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte nos procedimentos licitatórios, é precursora na utilização de ações com a finalidade de promover o desenvolvimento nacional socioeconômico.

De acordo com Alexandrino e Paulo (2011, p. 563):

Em suma, seguindo políticas que já são adotadas em alguns países, o Brasil passa a utilizar o enorme peso econômico das compras governamentais como um instrumento teoricamente apto a promover o desenvolvimento nacional, sobretudo fortalecendo empresas que deverão gerar empregos e aumento da renda no âmbito doméstico e empresas voltadas para os setores de pesquisa e de criação de tecnologias nacionais.

Em outros países já se verifica a utilização do poder de compras do Estado como forma de fomentar o desenvolvimento. A própria exposição de motivos da Medida Provisória nº 495/2010 demonstra tal realidade:

Com efeito, observa-se que a orientação do poder de compra do Estado para estimular a produção doméstica de bens e serviços constitui importante diretriz de

política pública. São ilustrativas, nesse sentido, as diretrizes adotadas nos Estados Unidos, consubstanciadas no “Buy American Act”, em vigor desde 1933, que estabeleceram preferência a produtos manufaturados no país, desde que aliados à qualidade satisfatória, provisão em quantidade suficiente e disponibilidade comercial em bases razoáveis. No período recente, merecem registro as ações contidas na denominada “American Recovery and Reinvestment Act”, implementada em 2009. A China contempla norma similar, conforme disposições da Lei nº 68, de 29 de junho de 2002, que estipula orientações para a concessão de preferência a bens e serviços chineses em compras governamentais, ressalvada a hipótese de indisponibilidade no país. Na América Latina, cabe registrar a política adotada pela Colômbia, que instituiu, nos termos da Lei nº 816, de 2003, uma margem de preferência entre 10% e 20% para bens ou serviços nacionais, com vistas a apoiar a indústria nacional por meio da contratação pública. A Argentina também outorgou, por meio da Lei nº 25.551, de 28 de novembro de 2001, preferência aos provedores de bens e serviços de origem nacional, sempre que os preços forem iguais ou inferiores aos estrangeiros, acrescidos de 7% em ofertas realizadas por micro e pequenas empresas e de 5%, para outras empresas.

Os incisos do § 6º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, com redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010, trazem um rol exemplificativo do que deve ser considerado como promoção do desenvolvimento nacional. Vejamos:

- I - geração de emprego e renda; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)
- II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)
- III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.

Spinetti (2010, p. 2) entende que, em função da subjetividade conceitual, a definição do que pode ser considerado “promoção do desenvolvimento nacional” caberá ao edital frente ao caso concreto.

A promoção do desenvolvimento nacional, elevada a categoria de objetivo das licitações públicas, revela-se como fundamento para todas as discriminações positivas – realização de ações afirmativas – previstas na própria Lei nº 12.349/2010 e no âmbito geral dos procedimentos licitatórios.

As recentes alterações trazidas pela Lei nº 12.349/2011, portanto, criaram exceções à regra que veda preferências e distinções nos pro-

cedimentos licitatórios ao permitir a realização de ações afirmativas a fim de fomentar o desenvolvimento nacional. A criação de tais exceções relativiza o tratamento isonômico que deveria, antes, ser dispensado a todos os concorrentes, ao mesmo tempo em que questiona esse objetivo primordial do procedimento de licitação. A promoção do desenvolvimento econômico nacional serve, desse modo, de supedâneo a tal relativização, ao criar mecanismos de discriminação.

Segundo Alexandrino e Paulo (2011, p. 562), embora o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal exija, literalmente, que nas licitações seja assegurada a “igualdade de condições a todos os concorrentes”, a Lei nº 12.349/2010 ampliou a noção de “igualdade”, permitindo a concessão de vantagens competitivas a empresas produtoras de bens e serviços nacionais.

De acordo ainda com os referidos autores, o princípio da igualdade entre os licitantes não foi revogado – e nem poderia ser, posto que se trata de norma constitucional –, mas sim “reformulado” em seu conteúdo pela Lei nº 12.349/2010.

Entre aqueles que discordam da ideia de utilizar a licitação como meio de fomento do desenvolvimento nacional, está a procuradora federal Katiane da Silva Oliveira. Segundo ela:

Desse modo, analisando as inovações trazidas pela MP, entendo que de fato a produção nacional deve ser defendida, porém essa não foi a melhor opção. O Estado deverá investir em políticas públicas, diminuição de impostos, medidas que possam garantir a produção nacional, trazendo um retorno para a sociedade brasileira, porém de forma mais transparente e menos onerosa para o poder público.

A MP está em contramão com a competitividade, a isonomia, a obtenção de propostas mais vantajosa, enfim em flagrante desrespeito aos princípios norteadores da licitação elencados na nossa Constituição Federal (OLIVEIRA, 2010).

Os mecanismos de discriminação foram inseridos na Lei nº 8.666/1993 pela própria Lei nº 12.349/2010: concessão de benefícios, denominados “margem de preferência”, aos produtos manufaturados segundo normas técnicas brasileiras e criação de regras de preferência para empresas ligadas aos setores de pesquisa e inovação tecnológica desenvolvidas no país segundo o PPB – Processo Produtivo Básico, nos termos da Lei nº 10.176/2001.

A margem de preferência para produtos e serviços nacionais está prevista nos §§ 5º a 10º do artigo 3º da Lei nº 8666/1993.

O § 5º autoriza o estabelecimento de margem de preferência para produtos e serviços nacionais que atendam as normas técnicas brasileiras.

5º Nos processos de licitação previstos no *caput*, poderá ser estabelecido margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

Tal norma, contudo, não é autoaplicável, pois a margem de preferência deverá ser estabelecida pelo Poder Executivo Federal por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, e não para determinada licitação específica.

De acordo com o § 8º, a margem de preferência não pode ultrapassar 25% sobre o preço dos produtos e serviços estrangeiros.

§ 8º As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5º e 7º, serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

Significa dizer que os produtos nacionais podem vencer uma licitação mesmo que custem até 25 % a mais do que o produto estrangeiro.

Niebuhr (2010, p. 777) fez relevante crítica à previsão da margem de preferência:

Sem embargo, a preferência ao produto nacional deve descamar para espécie de reserva de mercado, o que, ao fim e ao cabo, revela-se desvantajosa, como comprovado historicamente. O capitalismo é centrado na competição, e nada pior para a competição do que a zona de conforto forjada por regras de proteção. As empresas deixam de inovar, investir. Com vantagem de até 25% para os nacionais, é crível supor que os estrangeiros nem se animem a oferecer propostas. A tendência é minguar a competição, afastando os licitantes estrangeiros, deixando os nacionais sozinhos, bem acomodados para oferecerem preços mais elevados e ampliarem os seus ganhos às custas do erário e reduzir custos.

Também Spinetti (2010, p. 4) censura tal previsão:

Em princípio, a Medida Provisória poderá reduzir a competitividade de algumas multinacionais em muitas

licitações e até alijar concorrentes estrangeiros, mesmo que tenham produção local.

Já para os concorrentes externos, sem bases locais no Brasil, a porta das licitações pode ter se fechado definitivamente, exceto nos casos de bens e serviços não produzidos no País, ou seja, sem similar nacional. Vencer disputas contra uma margem de preferência de 25% mais as tarifas de importação torna-se virtualmente impossível.

Quanto ao tema, Carvalho Filho (2009, p.238) salienta:

De mais a mais, quantos empregos devem ser mantidos ou criados para compensar o pagamento a maior pela Administração Pública? Enfim, quanto custa um novo emprego ou a manutenção de um emprego? Qual o impacto para o Estado Brasileiro? Por exemplo, vale a pena pagar dez milhões de reais a mais em contrato administrativo em troca da criação de dez novos postos de trabalho? Como mensurar o quanto vale a pena pagar a mais em contrato administrativo por dez novos postos de trabalho?

Segundo a procuradora federal Katiane da Silva Oliveira, “contratar proposta até 25% mais cara ofende os objetivos básicos da licitação que é a busca do melhor preço (custo/benefício) para a Administração e a garantia de igualdade entre os licitantes previstos no art. 37, XXI da CF” (OLIVEIRA, 2010).

Frise-se que a inclusão ou não de margem de preferência sobre determinado produto ou serviço é decorrente de ato discricionário do administrador.

Segundo Spinetti (2010, p. 2), a Administração Pública poderá “inserir qualquer exigência no instrumento editalício que tenha por finalidade promover o desenvolvimento nacional, o que deverá estar devida e formalmente explicado, justificado e com farta exposição de motivos (motivado)”.

Para Alexandrino e Paulo (2011, p. 572), a Lei nº 12.349/2010 estabeleceu duas espécies de margens de preferência. Segundo eles, a “margem de preferência básica” é a estabelecida pelo § 5º, ao passo que a “margem de preferência adicional” está prevista no § 7º do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993.

A “margem de preferência básica” é aquela que beneficia os produtos manufaturados e serviços nacionais em geral que atendam as normas técnicas brasileiras. Tais produtos e serviços estão definidos nos incisos XVII e XVIII do artigo 6º da Lei nº 8.666/1993. São eles:

XVII - produtos manufaturados nacionais - produtos manufaturados, produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de

origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)  
XVIII - serviços nacionais - serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010).

Conforme permissão do § 10º do artigo 3º da referida lei, a margem básica pode ser estendida aos bens e serviços originários dos Estados do Mercosul:

§ 10. A margem de preferência a que se refere o § 5º poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

Já a “margem adicional”, segundo os referidos autores, beneficia apenas os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes do desenvolvimento e inovações tecnológicas realizados no Brasil:

§ 7º Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional àquela prevista no § 5º. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

A soma das duas margens de preferência não poderá ultrapassar os 25% fixados no § 8º.

Já o § 6º da referida lei determina que a margem de preferência deverá ser estabelecida com base em estudos que deverão ser revistos periodicamente, em prazo não superior a cinco anos, que levem em consideração:

- I - geração de emprego e renda; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)
- II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)
- III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)
- IV - custo adicional dos produtos e serviços; e (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)
- V - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

Tal regra, segundo Alexandrino e Paulo (2011, p. 573), tem por objetivo evitar abusos, desvios, favorecimentos arbitrários e excesso de subjetividade, entre outros.

Conforme preceitua o § 9º, a margem de preferência não poderá ser aplicada aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior: “I - à quantidade a ser ad-

quirida ou contratada; ou (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010) II - ao quantitativo fixado com fundamento no § 7º do art. 23 desta Lei, quando for o caso. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)".<sup>1</sup>

Equivale a dizer que a margem de preferência somente poderá ser utilizada quando houver, no País, produção suficiente de bens manufaturados ou capacidade suficiente de prestação de serviços.

No que tange ao critério de desempate, constam no § 2º do artigo 3º da Lei 8.666/1993 regras para auxiliar a indústria nacional: no caso de empate entre as propostas de preço, o critério de desempate deverá assegurar a preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

- I - produzidos no País;
- II - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.
- III - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Para Peixoto (2010, p. 1), tal critério de desempate fere a isonomia:

Logicamente, o disposto na presente MP cria privilégio e instaura a quebra ao princípio da isonomia em sentido geral, uma vez que, para o desempate de propostas, produtos importados serão preferidos em relação aos nacionais.

Já as regras de preferência para empresas ligadas aos setores de pesquisa e inovação tecnológica desenvolvidas no país segundo o PPB – Processo Produtivo Básico estão contidas no § 12º do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, também incluídas pela Lei nº 10.176/2001.

§ 12. Nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

Nesse caso, tal dispositivo permitiu restringir o procedimento licitatório a determinadas empresas quando das contratações que tiverem por escopo a implantação, manutenção e aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação considerados estratégicos.

<sup>1</sup> § 7º do art. 23 da Lei nº 8.666/1993: "Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)"

A definição de sistemas de tecnologia e informação e comunicação estratégicos está contida no inciso XIX do artigo 6º da Lei nº 8.666/1993:

XIX - sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos - bens e serviços de tecnologia da informação e comunicação cuja descontinuidade provoque dano significativo à administração pública e que envolvam pelo menos um dos seguintes requisitos relacionados às informações críticas: disponibilidade, confiabilidade, segurança e confidencialidade. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

O motivo que determinou a inclusão do § 12º ao artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 está explicitado na exposição de motivos da Medida Provisória nº 495/2010, conforme se verifica:

A inclusão do § 12 do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, objetiva possibilitar que contratações de sistemas de tecnologia da informação e comunicações - TIC considerados estratégicos sejam, por questões de segurança, restritas a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico. A proposta busca salvaguardar sistemas importantes do Estado brasileiro e mitigar a dependência de bens e serviços sobre os quais se tenha baixa gestão do conhecimento. Esses sistemas se materializam por meio de serviços continuados, necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições constitucionais e cuja interrupção pode comprometer seriamente a continuidade de suas atividades. Dessa forma, o domínio pelo País dessas tecnologias é fundamental para garantir a soberania e a segurança nacionais. Adicionalmente, a iniciativa ajuda no adensamento da cadeia produtiva de TICs, com impacto relevante e positivo para a geração de empregos e fortalecimento desse importante setor da economia, fato que está alinhado com o interesse estratégico do Governo em desenvolver os segmentos de tais tecnologias no Brasil.

Ademais, foi inserido novo dispositivo na Lei nº 8.666/1993 que permite a dispensa de licitação a fim de promover incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, nos termos dos artigos 3º, 4º e 5º da Lei nº 10.793/2004<sup>2</sup>, denominada Lei de Inovação.

---

<sup>2</sup> "Art. 3º A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas agências de fomento poderão estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas nacionais, ICT e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos e processos inovadores.

De acordo com Lima (2010), "essa medida amplia o leque de dispensas, acrescentando em seu bojo aqueles que, nos termos dos artigos citados, promovam o estímulo à construção de ambientes especializados e cooperativos de inovação".

Por fim, cumpre ressaltar que o disposto na Lei nº 12.349/2010, por previsão expressa do seu artigo 2º, aplica-se também à modalidade pregão de licitação, regulada pela Lei nº 10.520/2002.

## Conclusão

Desde a sua promulgação, a Lei nº 8.666/1993 previa, em seu artigo 3º, ser vedado "admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos

---

Parágrafo único. O apoio previsto neste artigo poderá contemplar as redes e os projetos internacionais de pesquisa tecnológica, bem como ações de empreendedorismo tecnológico e de criação de ambientes de inovação, inclusive incubadoras e parques tecnológicos.

Art. 3º-A. A Financiadora de Estudos e Projetos - FINEP, como secretaria executiva do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq e as Agências Financeiras Oficiais de Fomento poderão celebrar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, com as fundações de apoio, com a finalidade de dar apoio às IFES e demais ICTs, inclusive na gestão administrativa e financeira dos projetos mencionados no *caput* do art. 1º da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, com a anuência expressa das instituições apoiadas. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Art. 4º As ICT poderão, mediante remuneração e por prazo determinado, nos termos de contrato ou convênio:

I - compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com microempresas e empresas de pequeno porte em atividades voltadas à inovação tecnológica, para a consecução de atividades de incubação, sem prejuízo de sua atividade finalística;

II - permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências por empresas nacionais e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, desde que tal permissão não interfira diretamente na sua atividade-fim, nem com ela conflite.

Parágrafo único. A permissão e o compartilhamento de que tratam os incisos I e II do *caput* deste artigo obedecerão às prioridades, critérios e requisitos aprovados e divulgados pelo órgão máximo da ICT, observadas as respectivas disponibilidades e assegurada a igualdade de oportunidades às empresas e organizações interessadas.

Art. 5º Ficam a União e suas entidades autorizadas a participar minoritariamente do capital de empresa privada de propósito específico que vise ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para obtenção de produto ou processo inovadores.

Parágrafo único. A propriedade intelectual sobre os resultados obtidos pertencerá às instituições detentoras do capital social, na proporção da respectiva participação."

de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato".

Contudo, o artigo 3º foi alterado pela Lei nº 12.349/2010: foram criadas exceções à regra que veda preferências e distinções nos procedimentos licitatórios, permitindo a realização de ações afirmativas de modo a fomentar o desenvolvimento nacional.

Por certo haverá grandes debates acerca do tema, ainda não muito explorado no ordenamento em razão de seu frescor. Alguns doutrinadores dirão que tal dispositivo não fere o princípio da isonomia, pois ofereceu tratamento desigual aos desiguais. Também dirão que a proposta mais vantajosa não é, necessariamente, a de menor preço, e sim aquela que atenda de modo satisfatório os interesses da coletividade. Outros sustentarão a sua constitucionalidade com escopo no inciso II do artigo 3º da Constituição Federal: garantir o desenvolvimento nacional.

Acreditamos, todavia, que tais argumentos não serão suficientes para justificar a inserção, no ordenamento jurídico, de exceções à regra que veda preferências e distinções nos procedimentos licitatórios. A própria Constituição Federal, no inciso XXI do artigo 37, determina que nas licitações será assegurada igualdade de condições a todos os concorrentes.

Enquanto as alterações inseridas pela Lei nº 12.349/2010 na Lei de Licitações não forem julgadas inconstitucionais, os princípios da isonomia entre os licitantes e da seleção da melhor proposta serão mitigados a fim de favorecer o desenvolvimento nacional.

Duvidosa também é afirmação de que a concessão de vantagens a empresas e serviços nacionais fomentará o desenvolvimento nacional. Para Alexandre e Paulo (2011, p. 563), "trata-se de orientação impregnada de forte matiz ideológico, de eficácia bastante discutível, não só do ponto de vista da teoria econômica, mas, sobretudo, quanto ao seu funcionamento na prática (aumentam muito as 'brechas' para desvios e favorecimentos espúrios)".

Ademais, a concessão de vantagens de até 25% para as empresas e serviços nacionais poderá gerar a escassez de concorrentes estrangeiros, frustrando a competição, o que, por certo, não faz bem ao sistema capitalista.

Resta claro, portanto, que os três objetivos ora constantes no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 serão exaustivamente cotejados e alvos de grandes contendidas.

## Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- BITTENCOURT, Sidney. Alterada a Lei nº 8.666/1993 pela Medida Provisória n° 495/2010. **Revista Boletim de Licitações e Contratos – BLC**, Bittencourt, São Paulo, ano XXIII, 9, 869-872, set. 2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LIMA, Ítalo Mitre Alves de. Considerações acerca das alterações promovidas pela Medida Provisória nº 495/2010 na Lei nº 8.666/93. **Câmara Brasileira da Indústria da Construção**, Brasília, 10 ago. 2010. Não paginado. Disponível em: <[http://www.cbic.org.br/sites/default/files/011\\_mp495\\_analise.pdf](http://www.cbic.org.br/sites/default/files/011_mp495_analise.pdf)>. Acesso em: 17 abr. 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. Margem de Preferência para a Produção Nacional em Licitação Pública - Repercussões da Medida Provisória nº 495/2010. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, Curitiba, ano XVII, 198, p. 777-778, ago. 2010.
- OLIVEIRA, Katiane da Silva. **Lei nº 8.666/93 alterada pela Medida Provisória nº 495/2010. Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2665, 18 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17637>>. Acesso em: 17 abr. 2011.
- PEIXOTO, Ariosto Mila. A mudança nas licitações com a Medida Provisória nº 495/2010. **RHS Licitações**, Brasília, p. 1-2, 2010.. Disponível em: <<http://www.portaldelicitacao.com.br/questoes-sobre-licitacoes/outras-questoes/63-a-mudanca-nas-licitacoes-com-a-medida-provisoria-no-4952010.html>>. Acesso em: 17 abr. 2011.
- SPINETTI, Orlando. Medida Provisória (MP) nº 495/2010, mudanças na Lei nº 8.666/93. **Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo**, Brasília, ago. 2010. Disponível em: <<http://www.cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/dj3ago2010.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2011.
- STROPPA, Christianne de Carvalho. Comentários às alterações inseridas na Lei nº 8.666/93 pela Medida Provisória 495/2010. **RHS Licitações**, Brasília, 2010. Disponível em: <[http://licitacao.uol.com.br/adm/img\\_upload/Alteracoes\\_na\\_Lei\\_de\\_Licitacoes\\_Stroppa.pdf](http://licitacao.uol.com.br/adm/img_upload/Alteracoes_na_Lei_de_Licitacoes_Stroppa.pdf)>. Acesso em: 17 abr. 2011.

# **A relativização do princípio da proteção ao hipossuficiente quanto a empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista**

***Bianca Zoehler Baumgart Crestani***

*Advogada da CAIXA no Rio Grande do Sul*

*Pós-Graduada em Direito do Trabalho*

*e Processo do Trabalho*

## **RESUMO**

O presente artigo pretende analisar a situação fática na qual é desenvolvido o princípio da proteção ao hipossuficiente, o momento histórico do surgimento e da consolidação do princípio protetivo, bem como analisá-lo em suas dimensões e suas aplicações. A partir da análise de seu conceito e de suas aplicações, evidenciar-se-á a inexistência de desnívelamento na relação empregado-empregador naqueles pactos firmados entre obreiros aprovados em acirrados concursos públicos de provas ou de provas e títulos e empresas públicas e/ou sociedades de economia mista. Far-se-á claro que a razão da aplicação do princípio da proteção do hipossuficiente, qual seja, o nivelamento de desiguais, torna inócuas a aplicabilidade nos referidos contratos ante a especial realidade apresentada: as condições contratuais foram aceitas mediante edital de concurso público; as alterações contratuais posteriores e eventuais renúncias devem ser tidas como opção do empregado, ante o amplo acesso ao Poder Judiciário mesmo com o contrato de trabalho em curso e o ótimo nível intelectual e cultural dos empregados. Em suma, demonstrar-se-á que não há parte hipossuficiente quanto aos contratos de trabalho firmados com empresas públicas e com sociedades de economia mista e que, para o alcance da verdade real e da justiça, é urgente a não aplicação ou a aplicação minorada do princípio de proteção ao obreiro quando este é empregado de empresas públicas ou de sociedades de economia mista.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho. Concurso público. Princípio de proteção ao hipossuficiente. Relativização.

## **ABSTRACT**

This article aims to analyze the factual situation in which developed the principle of protection to the poorer workers, the historical moment of emergence and consolidation of the protective

principle, and analyze it in its dimensions and its applications. From the analyses of its concept and its applications, will highlight the absence of unevenness in the employee-employer relationship in those agreements signed between workers approved in fierce tender of evidence or proof and securities and public and/or joint stock companies. It will be clear that the reason for the principle of protection of a disadvantage that is, leveling uneven, making harmless the applicability in these agreements before the special reality presented: the contractual conditions have been accepted by public tender announcement; changes and any subsequent contractual waivers must be taken as the employee's option, front of the widespread access to the Judiciary even if the work contract in progress and the great intellectual and cultural level of employees. To sum up, it will show that there is a disadvantage as part of employment contracts signed with state-owned enterprises and joint stock companies, and that, to reach the real truth and justice, an urgent non-application or application eased the principle of protection to the worker when it is employee owned companies or joint stock companies.

**Keywords:** Labor Law. Civil service exam. Principle of protection to poorer workers. Relativization.

## Introdução

O Direito do Trabalho tem como norte fundamental um princípio forjado em épocas de escravidão e de abusos patronais, qual seja, o princípio de proteção à parte hipossuficiente no pacto laboral.

A aplicação de tal princípio traz diversas consequências no campo prático, como a constituição do pacto laboral e suas alterações contratuais, bem como eventuais renúncias do empregado ocorridas durante o contrato, além da questão atinente à distribuição do ônus da prova e à própria análise das provas adunadas em processos judiciais.

Ocorre que, em se tratando de empresas públicas e de sociedades de economia mista, cujo ingresso do empregado se dá através de concurso público e a despedida, apesar do enquadramento celetista, se dá após procedimento administrativo, tal princípio é equivocadamente aplicado pela Justiça Laboral.

Observe-se que, quando vigente a relação de emprego, os empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista não detêm relação de hipossuficiência frente ao seu empregador, face à especial condição de ingresso e de desligamento: a aprovação em acirrado concurso público de provas ou de provas e títulos para admissão e a necessidade de procedimento administrativo para demissão.

Nesse sentido, o porquê da aplicação do princípio da proteção do hipossuficiente, qual seja, o nivelamento de desiguais, desaparece ante a realidade apresentada nestes contratos de trabalho. As condições contratuais foram aceitas mediante edital de concurso público; as alterações contratuais posteriores e eventuais renúncias devem ser tidas como opção do empregado, ante o amplo acesso ao Poder Judiciário mesmo com o contrato de trabalho em curso.

Em existindo estabilidade ao emprego, mesmo que relativa, quem é a parte hipossuficiente na relação? Quem se torna o gestor do estabelecimento em se tratando de empresas públicas e de sociedades de economia mista? Quando existem alterações no curso do pacto laboral, existe obreiro sendo “enganado” ou existe opção de empregado de ótimo nível intelectual? Quando o empregado ingressa com Reclamatória Trabalhista mesmo em plena atividade de suas funções, como será realizada a prova testemunhal da empresa, utilizando-se os colegas de trabalho que exercem suas atividades, diariamente, ao lado do reclamante?

As questões alhures levantadas poderão ser facilmente respondidas após leitura do presente estudo acerca da relativização do princípio de proteção ao trabalhador.

## 1 A evolução histórica do Direito do Trabalho e a proteção ao trabalhador

A relação de trabalho, ao longo da História, sofreu inúmeras transmutações, de acordo com a influência religiosa e o regime socioeconômico vigente. O atual conceito de Direito de Trabalho, baseado nas relações de emprego, com as figuras do empregado e do empregador conceituadas em dispositivos legais positivados, só foi possível a partir do ocaso do sistema feudal e o apogeu da Revolução Burguesa e da Revolução Industrial.

Observa-se que o Direito do Trabalho existente hoje, como um ramo que traz conceitos completos em si mesmos acerca das figuras do empregador e do empregado – o primeiro baseado, principalmente, na assunção dos riscos da atividade econômica; o segundo, na subordinação jurídica –, decorreu da transição da Idade Média à Idade Moderna; do sistema feudal, no qual predominava a relação de vassalagem, ao capitalismo industrial, no qual havia oferta de trabalho livre.

Tem-se, assim, que, na Idade Média, vigorava o feudalismo como modo de organização social e econômica. A economia no período se baseava na relação de vassalagem entre suserano (senhor feudal) e vassalo (servo). A relação de trabalho estava restrita à sujeição pessoal do servo, que utilizava as terras do suserano para

agricultura de subsistência (todo e qualquer excedente produzido era tomado pelo suserano).

Nesse período histórico, não se pode ter a relação de suserania e de vassalagem como relação de emprego, eis que, mesmo existindo onerosidade (pela entrega da terra pelo senhor feudal ao servo), pessoalidade e não eventualidade, havia a sujeição pessoal do servo, que permanecia vinculado àquele suserano e àquela terra durante toda a vida e, no mais das vezes, vinculando sua sucessão também àqueles.

Com o ocaso do sistema feudal e a perda de importância da terra, as cidades burguesas tiveram aumentada sua importância, trazendo à Idade Moderna o capitalismo e a oferta de mão de obra livre, cuja condição de *empregado* teve consolidação com o advento da Revolução Industrial.

Com o capitalismo impulsionado pela Revolução Industrial, com a invenção da máquina e a sua aplicação na indústria e com o advento do Estado liberal, a liberdade dada ao empregado (desconhecida pelo servo na Idade Média), aliada à subordinação à classe capitalista, fez com que o proletário passasse a ser considerado como mero meio de produção, sendo submetido a jornadas de trabalho extenuantes e a condições de trabalho insalubres, conforme palavras de Oliveira Viana:

No seu inframundo repululava a população operária: era toda uma ralé fatigada, sórdida, andrajosa, esgotada pelo trabalho e pela subalimentação; inteiramente afastada das magistraturas do Estado; vivendo em mansardas escuras, carecida dos recursos mais elementares de higiene individual e coletiva; oprimida pela deficiência dos salários; angustiada pela instabilidade do emprego; atormentada pela insegurança do futuro, próprio e da prole; estropiada pelos acidentes sem reparação; abatida pela miséria sem socorro; torturada na desesperança de invalidez e da velhice sem pão, sem abrigo, sem amparo (VIANNA, 1942 *apud* VIANA, 2003, p. 35).

As condições subumanas de trabalho, as jornadas extremamente estendidas, as más condições de higiene, a parca alimentação, todos os abusos cometidos pela classe industrial em face dos proletários, colocaram em choque os interesses coletivos e individuais, fazendo com que o Estado interviesse no sentido de proteger o hipossuficiente do pacto laboral.

O Estado liberal, portando-se como mero espectador da situação social e econômica, inspirado no lema *laissez faire, laissez aller*, buscava apenas garantir a ordem social e política, dando aos particulares ampla liberdade de ação econômica.

Passou-se a considerar, então, o coletivismo, com a edição de diversos estudos que pregavam a solidariedade moral, mais profunda que a econômica, cujo principal autor foi Karl Marx, com a obra *O Capital*. Nas palavras de Vianna (2003, p. 36):

[...] mesmo os adeptos do liberalismo já se apercebiam de que o Estado se afastava de sua missão de fazer inseparáveis o bem individual e o bem coletivo; que ele não podia servir somente para as finalidades individuais, porque estaria em conflito com os interesses da sociedade, a qual não poderia ser reduzida a uma simples consequência da reunião dos bens individuais [...].

A intervenção do Estado culminou com a *formação* do Direito do Trabalho, estendendo-se na primeira metade do século XIX, aproximadamente de 1802 a 1848, com a edição de normas protetivas a menores na Inglaterra. A *intensificação* do Direito do Trabalho deu-se entre 1848 e 1890, tendo como marco o Manifesto Comunista, e a *consolidação* situou-se entre 1890 e 1919, tendo a Conferência de Berlim e a Encíclica *Rerum Novarum* como marcos iniciais.

Ora, resta claro que as más condições de trabalho, as parcias condições de higiene, as extensas jornadas de trabalho, todos esses fatores fizeram com que o trabalhador, subordinado à ganância dos industriais, fosse protegido por esse ramo do Direito, tendo como cerne a proteção ao hipossuficiente da relação empregatícia.

A necessidade de criação de meios de proteção ao obreiro se deu em decorrência de momentos históricos específicos: a transição ao trabalho livre, afastando-se da servidão; a transição ao sistema industrial, afastando-se do pequeno comércio; a transição ao Estado intervencionista, afastando-se do Estado liberal. Não se pode perquirir pela ampla aplicação do princípio protetivo, tal qual realizado naquela situação histórica, aos dias atuais, pela flagrante alteração do paradigma.

## **2 A proteção do trabalhador como princípio base no Direito do Trabalho**

O significado da palavra *princípio* diz com *começo, início*. Conforme Delgado (2006, p. 184), “princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade”.

Os abusos perpetrados pelos empregadores durante o capitalismo industrial fizeram com que o Estado interviesse nas práticas econômicas através da criação de normas aptas a minimizar as precárias condições de labor a que estavam submetidos os indivíduos. A necessidade de proteção do indivíduo e de respeito à dignidade do trabalhador culminou com princípio cerne do moderno Direito do Trabalho: o princípio de proteção ao hipossuficiente.

Rodriguez (2000, p. 85), em consonância ao exposto, afirma que

Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive, mais abusivas e iníquas.

O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável.

O Direito do Trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades [...].

Nesse diapasão, tem-se que a ideia central em que se inspira o Direito do Trabalho “não é a da igualdade entre as pessoas, mas a do nivelamento das desigualdades que entre elas existem” (RADBRUCH, 1974 *apud* RODRIGUEZ, 2000, p. 85). No mesmo sentido, tem-se que “a igualdade deixa assim de constituir ponto de partida do direito para converter-se em meta ou aspiração da ordem jurídica”.

O próprio conceito do princípio da proteção demonstra a necessidade iminente de nivelar a desigualdade preconcebida na relação empregado-empregador. Nesse sentido, tem-se o eminentíssimo jurista uruguai Américo Plá Rodriguez, que afirma: “O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador” (RODRIGUEZ, 2000, p. 83).

A embasar as conclusões tomadas pelo referido jurista uruguai, tem-se que o Direito do Trabalho é sistema legal de proteção dos economicamente fracos e, em caso de dúvidas, a interpretação deve ser sempre a favor do economicamente fraco, *in casu*, o empregado em litígio com o empregador (CESARINO JR., 1963 *apud* RODRIGUEZ, 2000, p. 86).

Ademais, tem-se que, nas palavras de Maurício Godinho Delgado, um dos principais doutrinadores brasileiros, esta Justiça Especializada estrutura, em seu interior, teia de proteção à parte

hipossuficiente na relação empregatícia, qual seja, o obreiro, com o fito de retificar ou atenuar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do pacto laboral. (DELGADO, 2006, p. 197/198).

Nesse diapasão, dispõe, também, Sussekind *et al.* (2003, p. 144): “O princípio de proteção do trabalhador resulta das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando opor obstáculos à autonomia da vontade.”

Pode-se verificar que os juristas acima mencionados em nenhum momento discordam acerca da necessidade de o Direito do Trabalho equiparar as supostas desigualdades existentes na situação fática, tratando diversamente empregado e empregador. Há caráter de imperatividade na aplicação do princípio da proteção ao hipossuficiente, tido este como o obreiro.

Barassi (1953 *apud* RODRIGUEZ, 2000, p. 86) esclarece a alteração de foco desse direito social, com proteção ao elo mais fraco do pacto firmado: “Tanto a Constituição como o Código Civil abandonaram o velho e bastante superado princípio da igualdade de direito em que estavam informados os códigos anteriores para acercar-se da igualdade de fato com a proteção do contratante economicamente mais débil.”

Abandonado o princípio da igualdade jurídica, o Direito do Trabalho e o princípio da proteção ao hipossuficiente demonstram o propósito deliberado de, efetivamente, suprir um pré-conceito de desigualdade entre empregado e empregador.

Nesse sentido, ainda, emanam, do direito protetivo, três dimensões distintas: o princípio *in dubio pro operario*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica.

O princípio da norma mais favorável dispõe que o operador do direito deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações distintas: no instante da elaboração da regra, no contexto de confronto entre regras concorrentes ou no contexto de interpretação das regras jurídicas.

Delgado (2006, p. 199) explicita que, no instante da elaboração da regra, “este princípio age como critério de política legislativa, influindo no processo de construção desse ramo jurídico especializado”.

Discorre, ainda, referido jurista, quanto à aplicação do princípio da norma mais favorável no momento posterior ao da criação da regra, quando atua quer como critério de hierarquia de regras jurídicas, quer como princípio de interpretação de tais regras:

Como critério de hierarquia, permite eleger como regra prevalecente, em uma dada situação de conflito de regras, aquela que for mais favorável ao trabalhador, ob-

servados certos procedimentos objetivos orientadores, evidentemente.

Como princípio de interpretação do Direito, permite a escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador, caso antepostas ao intérprete duas ou mais consistentes alternativas de interpretação em face de uma regra jurídica enfocada. Ou seja, informa esse princípio que, no processo de aplicação e interpretação do Direito, o operador jurídico, situado perante um quadro de conflito de regras ou de interpretações consistentes a seu respeito, deverá escolher aquela mais favorável ao trabalhador, a que melhor realize o sentido teleológico essencial do Direito do Trabalho (DELGADO, 2006, p. 200).

O princípio da condição mais benéfica diz com a manutenção, ao longo da contratualidade, de cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido, previsto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, bem como com a prevalência de dispositivo contratual mais favorável ao obreiro quando da coexistência de dispositivos contratuais concorrentes.

Esse princípio decorrente do princípio protetivo foi incorporado pela legislação, no artigo 468<sup>1</sup>, da Consolidação das Leis do Trabalho, e pela jurisprudência trabalhista, nas Súmulas 51<sup>2</sup> e 288<sup>3</sup>, do Tribunal Superior do Trabalho.

Em resumo, tem-se que o princípio em tela

[...] informa que cláusulas contratuais benéficas somente poderão ser suprimidas caso suplantadas por cláusula posterior ainda mais favorável, mantendo-se intocadas (direito adquirido) em face de subsequente alteração menos vantajosa do contrato ou do regulamento da empresa (DELGADO, 2006, p. 202).

<sup>1</sup> Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Parágrafo único - Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança."

<sup>2</sup> "SÚMULA 51, TST. NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro."

<sup>3</sup> "SÚMULA 288, TST. COMPLEMENTAÇÃO DOS PROVENTOS DA APOSENTADORIA. A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito."

Por fim, o princípio *in dubio pro operario*, através do qual se tem que, no caso de existência de norma suscetível de diversas interpretações, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao empregado.

Dessa forma, tem-se que o princípio da proteção do trabalhador caracteriza intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, com o fito de minorar as discrepâncias criadas na Idade Moderna, durante o capitalismo industrial. Procura, em suma, nivelar as desigualdades criadas tanto pelo poder econômico, quanto pelo poder jurídico, com o tratamento diferenciado aos desiguais da relação empregatícia.

### **3 O regime jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista**

O Decreto-Lei nº 200, de 25/2/1967, e alterações posteriores, divide a Administração Pública em Administração Direta e Administração Indireta. A Administração Direta é aquela que congrega os serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios, a cujas pessoas federativas foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado. Por outro lado, a Administração Indireta é composta por categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria, quais sejam, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas, cujo objetivo é desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada. Cinge-se, por ora, a analisar as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista, apesar de serem de categorias jurídicas diversas, são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado e, através delas, busca o Estado a execução de atividade de seu interesse com maior flexibilidade, sem as travas de emperramento burocrático indissociáveis das pessoas de direito público (CARVALHO FILHO, 2008, p. 463).

A empresa pública federal pode ser conceituada como pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação de Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações Indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal (MELLO, 2008, p. 186/187).

Simplificando o conceito, tem-se que a empresa pública é pessoa jurídica de direito privado, integrante da Administração

Indireta do Estado, criada por autorização legal, sob qualquer forma jurídica adequada a sua natureza, para que o governo exerça atividades gerais de caráter econômico ou, em certas situações, execute a prestação de serviços públicos (CARVALHO FILHO, 2008, p. 464).

Como exemplos de empresas públicas, podem-se citar a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), a Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP), a Casa da Moeda, a Caixa Econômica Federal, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômica e Social (BNDES), entre outros.

As sociedades de economia mista são pessoas jurídicas cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento da ação do Estado, dotadas de personalidade de Direito Privado, mas submetidas a certas regras especiais decorrentes desta natureza auxiliar da atuação governamental, constituídas sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração Indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular (MELLO, 2008, p. 190/191).

Ainda, se pode ter as sociedades de economia mista como pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob a forma de sociedades anônimas, cujo controle acionário pertença ao Poder Público, tendo por objetivo, em regra, a exploração de atividades gerais de caráter econômico e, em algumas ocasiões, a prestação de serviços públicos (CARVALHO FILHO, 2008, p. 464).

Os exemplos mais conhecidos de sociedades de economia mista, em plano federal, são o Banco do Brasil S.A., o Banco da Amazônia S.A., a Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS), entre outras.

Apesar das características alhures enunciadas, a mais importante para o presente estudo diz com a prevista no artigo 173, parágrafo 1º, inciso II, da Constituição Federal<sup>4</sup>, pelo qual restam as empresas públicas e as sociedades de economia mista sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas quanto a direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.

<sup>4</sup> “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários [...].”

Somado a isso, tem-se a exigência do disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, quanto à necessidade de realização de concurso público para admissão dos servidores, mesmo que regidos pelas normas celetistas.<sup>5</sup>

Nesse diapasão, informa o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho:

O pessoal das empresas públicas e das sociedades de economia mista se submete ao regime trabalhista comum, cujos princípios e normas se encontram na Consolidação das Leis do Trabalho. Por isso mesmo, o vínculo jurídico que se firma entre os empregados e aquelas pessoas administrativas tem natureza *contratual*, já que atrelados por contrato de trabalho típico. Lembre-se que esse regime jurídico já vem previsto na Constituição, quando ficou definido que se aplicariam àquelas entidades o mesmo regime jurídico aplicável às empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias e *trabalhistas* (art. 173, § 1º) (CARVALHO FILHO, 2008, p. 478).

Em suma, é importante salientar que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, apesar de comporem a Administração Pública Indireta e estarem sujeitas aos princípios gerais da Administração Pública, estão sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto a direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Ressalte-se, ainda, por relevante, que, devido à previsão constitucional, mesmo que submetidos ao regime celetista, os empregados dessas entidades têm sua investidura vinculada à aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

#### **4 A relativização do princípio da proteção ao hipossuficiente quanto aos empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista**

O Direito do Trabalho tem seu fundamento maior forjado em época de grandes abusos por parte dos empregadores, tais como

---

<sup>5</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração [...]”.

extensas jornadas de trabalho, más condições de higiene, parca alimentação, salários deficientes, tudo em busca de resultados favoráveis e de lucros cada vez maiores aos industriais.

A realidade de abusos existentes quando do surgimento e da consolidação das normas juslaboralistas evoluiu, em muitos casos, para o equilíbrio de forças no pacto laboral. Embora pareça irreal ter-se o empregador e o empregado em mesmo patamar de igualdade, há de se considerar o novo paradigma que se apresenta.

Cabe assinalar que não se tenta, aqui, extirpar do cotidiano trabalhista o intento de proteger o trabalhador em sua hipossuficiência, até pela notoriedade da existência de contratos de trabalho com ampla desigualdade entre as partes contratantes e de relações que beiram à escravidão, mas sim demonstrar que o princípio protetivo deve ser aplicado em interpretação abrangente de seu conceito.

Tem-se, assim, que o princípio protetivo visa igualar, no campo jurídico, as supostas desigualdades existentes no campo fático da relação empregatícia. Referida desigualdade se dá ou pela ignorância do obreiro dos direitos que lhe são garantidos, ou pela subordinação econômica que possui frente ao empregador, ou por outras inúmeras possibilidades que vinculem de forma excepcional o trabalhador ao patrão.

Em se tratando de empresas públicas e de sociedades de economia mista, às quais são aplicados, além dos princípios do Direito do Trabalho, os princípios basilares da Administração Pública, a realidade fática é diametralmente oposta àquela apresentada pelos obreiros em geral.

Empresas públicas e sociedades de economia mista, como já visto, compõem a Administração Pública Indireta e, nesse sentido, sujeitam-se ao disposto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, que traz os princípios inerentes à Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ainda, por força do disposto no artigo 37, inciso II, da Carta Magna<sup>6</sup>, os empregados se submetem a concorrido processo seletivo para ingresso nos quadros de pessoal destas. Nesse diapasão, apesar de

<sup>6</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração [...]”.

esses empregados serem regidos pelos dispositivos constantes no Diploma Celetista, têm situação peculiar quanto à limitação de atuação de seu empregador frente aos princípios da Administração Pública.

Na condição de integrantes da Administração Pública Indireta, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, ainda quando possuam fins estritamente econômicos, são atingidas por tais princípios e nem mesmo a sujeição ao regime celetista por força constitucional dispensa as formalidades decorrentes do Direito Administrativo.

Ao se considerar a influência direta dos princípios inerentes à Administração Pública, especialmente no que tange à legalidade e à impessoalidade, impõe-se a formalização de processo seletivo de provas ou de provas e títulos para admissão de empregados. Ainda considerando referidos princípios, faz-se necessário que a dispensa do empregado público – repita-se, mesmo regido pelas normas celetistas – se dê através de ato motivado.

Importante decisão foi proferida pela Sra. Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Dra. Maria Helena Mallmann:

Tratando-se a dispensa do empregado público de ato administrativo, ainda que a relação se dê sob o regime da CLT, para que seja possível a verificação da legalidade do ato, impõe-se sua motivação. Entendimento diverso tornaria inócuia a exigência de concurso público, uma vez que o administrador poderia demitir, arbitrariamente, por mera perseguição, ou por visar ao benefício de outrem que tenha obtido inferior classificação. O TST, em decisão inspirada em precedente do STF, já se manifestou sobre o tema:

“A dispensa de servidor público regido pela CLT não se pode dar da mesma forma que a dispensa do empregado privado. É que todos os atos da Administração Pública terão de ser sempre motivados; não podem ser sem causa. Pelo princípio da legalidade que preside a atividade da Administração Pública, a esta não cabe praticar atos, ainda que no exercício de poder discricionário, que impliquem expressões de arbítrio de sua atividade. A dispensa da servidora admitida por concurso público, como todo ato administrativo, tem de ser motivada, ainda que se cuide de relação regida pela CLT, implicando sua falta, sem dúvida, invalidade do ato, até mesmo por se configurar, na hipótese, abuso de poder. Trata-se, na hipótese dos autos, de autarquia estadual, pessoa jurídica de direito público, cuja criação justifica-se apenas pelo fato de poder melhor executar atividades típicas da Administração Pública (art. 5º, inciso I, do Decreto-Lei nº 200/67). Não há qualquer dúvida de que os cargos e empregos públicos deverão ser preenchidos

por intermédio da realização de concurso público, exigência da Constituição Federal. Tal regra se tornaria inócuia se o administrador público pudesse admitir num dia e dispensar, a seu talante, imediatamente no outro dia, fraudando, com esta atitude, a ordem de classificação dos candidatos. - STF-MS, 21485-DF, Relator Ministro Néri da Silveira. 2. Recurso de revista provido". (in TST- RR, 424778/1998 - 4<sup>a</sup> Região, 3<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Francisco Fausto, DJ: 25-08-2000, p 507).

O jurista Celso Antônio Bandeira de Mello sintetiza a questão ao afirmar:

"Se a Administração Pública não é livre para admissão do pessoal, também não é irrestritamente livre o desligamento de seus servidores. Para serem desligados é preciso que haja uma causa de interesse público demonstrável"; arrematando que a "consequência prática destas premissas é a de que, para efetuá-las, cumpre que o empregado haja incorrido em comportamento censurável ou revelador de inadequação às funções que lhe cabem, comprometendo, pois a boa realização dos objetivos que presidem a atuação da entidade. A verificação disto exige apuração regular, em que se enseja pleno exercício de direito de defesa ao interessado, de tal sorte que o ato de desligamento aparece devidamente instruído e motivado, acautelado, pois contra eventual vício decorrente de arbítrio, perseguição, animosidade ou simples decisão tomada aleatoriamente". (in Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, São Paulo: RT, 1990, pp 42 e 43).

Conclui-se, portanto, que os empregados de sociedades de economia mista, uma vez que admitidos por concurso, somente podem ser despedidos em face do interesse público, sendo requisito de validade do ato administrativo de dispensa a existência de motivação suficiente e adequada, sob pena de configurar a arbitrariedade do ato.

Irrelevante, na hipótese, que a reclamante não seja detentora de estabilidade, pois, se tratando a dispensa do empregado público de ato administrativo, ainda que a relação se dê sob o regime da CLT, para a legalidade do ato é imprescindível sua motivação.

O administrador está obrigado a respeitar os princípios que informam o Direito Administrativo, uma vez que não gere negócio particular, e sim interesse de toda a coletividade, devendo, portanto, fundamentar satisfatoriamente os atos que pratica. A despedida de servidor celetista demanda apuração de suas insuficiências ou faltas, mediante o devido processo administrativo. Providência necessária, inclusive, para se garantir a impensoalidade do ato de despedida.

Pelo princípio da legalidade que orienta a atividade da Administração Pública, a esta não cabe praticar atos, ainda que no exercício do poder discricionário, que impliquem expressões de arbítrio de sua atividade - tese da motivação do ato. (BRASIL, 2009)

Ademais, além de a admissão se dar através de concurso público e a rescisão do contrato de trabalho necessitar de motivação, o elevado nível cultural e intelectual difere os empregados públicos daquela maioria regida pelas normas celetistas, que, efetivamente, precisam ver aplicado, em sua realidade, o princípio protetivo. Não se podem comparar os empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista com serventes de obras.

Cabe ressaltar, outrossim, que os empregados públicos, em virtude das especificidades já expostas, detêm a possibilidade de ajuizar Reclamatória Trabalhista ainda quando vigente o contrato de trabalho, quando entenderem que foram violados direitos trabalhistas, sem que sejam, no mais das vezes, sequer repreendidos em razão disso.

Esse novo paradigma, decorrente dos preceitos emanados pelo Direito do Trabalho combinados com os princípios do Direito Administrativo, diz com empregados que demonstram igualdade com seu empregador, ou seja, que não representam a parte hipossuficiente da relação.

Ora, efetivamente, no mais das vezes, é o empregado a parte mais fraca do pacto laboral. Deve-se atentar, entretanto, a existência de contratos em que o empregado não é hipossuficiente, isto é, tem amplo conhecimento e gerenciamento sobre o contrato e sobre o cotidiano do contrato, tal qual ocorre com os empregados de sociedades de economia mista e de empresas públicas.

Conseguinte, o porquê da aplicação do princípio da proteção do hipossuficiente, qual seja, o nivelamento de desiguais, desaparece ante a realidade apresentada nesses contratos de trabalho. As condições contratuais foram aceitas mediante edital de concurso público, eventuais transferências do local da prestação de serviços foram admitidas sem qualquer oposição, as alterações contratuais posteriores e eventuais renúncias devem ser tidas como opção do empregado, ante o amplo acesso ao Poder Judiciário, mesmo com o contrato de trabalho em curso.

Deve-se atentar que, na análise dos contratos de trabalho celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista, deve-se mesclar a aplicação do princípio da proteção do trabalhador com o princípio da primazia da realidade. A existência de peculiaridades inerentes à Administração Pública quanto ao empregador, a condição do empregado frente a este empregador e a realidade fática do pacto laboral, todos os aspectos devem ser avaliados para, diante da verdade dos fatos, relativizar o princípio da proteção ao hipossuficiente, ante a ausência fática do cerne do conceito, qual seja, a desigualdade entre as partes.

Ademais, não cabe afirmar ser o empregador hipossuficiente ante o empregado. Tratar-se-ia de hipótese jurídica para fins de

argumentação, sem qualquer relação à vida real. Trata-se de informar a existência de relação contratual em que não há desigualdade entre as partes envolvidas, entre o empregador e o empregado.

Aquele indivíduo que, após grande período de estudo, vê seu esforço recompensado com a aprovação em concurso público, sendo admitido em empresa pública ou em sociedade de economia mista, sob o regime celetista, não possui elementos para ser caracterizado como hipossuficiente ao seu empregador. Urge ser considerado o nível cultural e intelectual do empregado. Urge ser considerado o conhecimento sobre os direitos e os deveres do empregado e do empregador. Urge ser considerado o conhecimento de possibilidade de acesso ao Poder Judiciário para solucionar qualquer demanda.

Em suma, não há parte hipossuficiente quanto aos contratos de trabalho firmados com empresas públicas e sociedades de economia mista. Para o alcance da verdade real e da justiça, com a aplicação dos princípios basilares do Direito Administrativo a resguardar o empregado, bem como do princípio da primazia da realidade, é urgente a não aplicação ou a aplicação minorada do princípio de proteção ao obreiro quando este é empregado de empresas públicas ou de sociedades de economia mista.

## Conclusão

As normas juslaboralistas foram forjadas em época em que existia grande disparidade entre as partes do pacto laboral: o empregado e o empregador. Há, entretanto, hoje, realidade fática diversa daquela então existente, com o surgimento de novo paradigma, decorrente dos preceitos emanados pelo Direito do Trabalho combinados com os princípios do Direito Administrativo, qual seja, empregados que demonstram igualdade com seu empregador, ou seja, que não representam a parte hipossuficiente da relação.

Os empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista, ante as especificidades que lhes são peculiares, seja pela submissão a concurso público para admissão e pela necessidade de procedimento administrativo para demissão, seja pelo alto nível cultural e intelectual, não podem ser caracterizados como hipossuficientes frente ao seu empregador.

Deve-se, quando da análise dos contratos de trabalho formalizados entre empresas públicas e/ou sociedades de economia mista e seus empregados, valer dos princípios inerentes do Direito do Trabalho – o princípio da proteção do trabalhador mesclado ao princípio da primazia da realidade – e dos princípios de Direito Administrativo – o princípio da legalidade e o princípio da impensoalidade.

A aplicabilidade do princípio de proteção ao hipossuficiente diz com a existência de desigualdade entre as partes contratantes, o que não se verifica entre empregados vinculados a empresas públicas e sociedades de economia mista. Nestes casos, no mais das vezes, a situação fática demonstra que as peculiaridades decorrentes da condição da Administração Pública como empregador, nos moldes postos na Consolidação das Leis do Trabalho, traz a urgência em se relativizar o princípio da proteção ao hipossuficiente.

Dessa forma, conforme alhures analisado, o empregado de empresas públicas e de sociedades de economia mista não possui elementos a caracterizá-lo como hipossuficiente frente ao seu empregador. Para alcance da realidade dos fatos, como medida de justiça, nesses casos, com a aplicação dos princípios basilares do Direito Administrativo a resguardar o empregado, bem como do princípio da primazia da realidade, resta flagrante a não aplicação ou a aplicação minorada do princípio de proteção ao obreiro quando este é empregado de empresas públicas ou de sociedades de economia mista.

## Referências

- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). Acórdão 01046-1996-019-04-00-0 ED RO. Reclamante: Teresa Iara Vega Barcellos. Reclamada: Companhia Riograndense de Saneamento - CORSAN. Relator: Desembargadora Maria Helena Mallmann. Porto Alegre, 20 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consultarapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=0104600-24.1996.5.04.0019&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90>>. Acesso em: 20 out. 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.
- VIANNA, Segadas. Capítulo 1. In: SUSSEKIND, A. et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.
- SUSSEKIND, A. Capítulo 1. In: SUSSEKIND, A. et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. cap. 7.



# PARTE 2

# JURISPRUDÊNCIA



# Superior Tribunal de Justiça

## Execução fiscal FGTS. Embargos. Acordo na Justiça do Trabalho após a Lei nº 9491/97. Legitimidade da cobrança.<sup>1</sup>

### EMENTA OFICIAL

**PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ADMINISTRATIVO. FGTS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ACORDO REALIZADO NA JUSTIÇA TRABALHISTA. PARCELAS PAGAS PELO EMPREGADOR DIRETAMENTE AO EMPREGADO. TRANSAÇÃO REALIZADA APÓS A LEI Nº 9.491/97. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA PELA CAIXA. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.**

1. Revela-se improcedente arrependimento de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil na hipótese em que o Tribunal de origem tenha adotado fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, atentando-se aos pontos relevantes e necessários ao deslinde do litígio.

2. Até o advento da Lei nº 9.491/97, o art. 18 da Lei nº 8.036/90 permitia o pagamento direto ao empregado das parcelas relativas ao depósito do mês da rescisão, ao depósito do mês imediatamente anterior (se ainda não vencido o prazo para depósito) e aos 40%

(demissão sem justa causa) ou 20% (culpa recíproca ou força maior) de todos os depósitos realizados durante a vigência do contrato de trabalho.

3. Com a entrada em vigor da Lei nº 9.491/97, o pagamento direto ao empregado passou a ser vedado, devendo o empregador depositar todas as parcelas devidas na conta vinculada do FGTS.

4. Compulsando-se os autos, percebe-se que o acordo entre o empregado Valdir Schneider e a empresa foi realizado em 18 de janeiro de 2001 (fl. 113), data, portanto, posterior à entrada em vigor da Lei nº 9.491/97. Então, é legítima a cobrança pela Caixa, em execução fiscal, de valores transacionados em desacordo com a lei, no tocante ao pagamento direto ao empregado.

5. Recurso especial parcialmente provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

<sup>1</sup> Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1029698&sReg=200900694264&sData=20110208&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1029698&sReg=200900694264&sData=20110208&formato=PDF)>. Acesso em: 06 out. 2011.

taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

“A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2010.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, Relator

REsp 1.135.440 - PR (2009/0069426-4) - DJe 08.02.2011.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de recurso especial (fls. 337/355) interposto contra acórdão assim ementado (fl. 325):

FGTS. CERCEAMENTO DE DEFESA. PAGAMENTOS. ACORDOS TRABALHISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. É ônus da parte instruir seu apelo com os documentos essenciais ao deslinde da causa.

2. Para se livrar da cobrança do FGTS, cabe ao executado provar o pagamento direto aos empregados das respectivas parcelas relativas ao FGTS por ocasião da homologação de acordos feitos em reclamatórias trabalhistas ou na rescisão do contrato de trabalho.

3. Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa, atualizados pelo IPCA-E.

Opostos embargos de declaração, foram eles julgados nestes termos (fl. 334):

### EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REDISCUSSÃO DE QUESTÕES DE MÉRITO.

Tendo havido apreciação dos pontos atinentes à solução do conflito presente na lide, inexistindo, portanto, omissão, obscuridade, contradição ou erro material no julgado, não há como prosperar a irresignação, porquanto o manejo dos embargos de declaração é incompatível com a pretensão de reformar o mérito da decisão.

A parte recorrente sustenta, preliminarmente, violação do art. 535 do CPC, por entender que a Corte *a quo*, a despeito de ter sido provocada em embargos de declaração, manteve-se omissa quanto à questão relativa à manutenção dos encargos da mora e sua incidência sobre os valores constantes da CDA e pagos diretamente aos empregados.

No mérito, indica violação do art. 2º, § 1º, “d”, da Lei nº 8.036/90, já que os valores pagos pela empresa diretamente aos empregados não podem ser deduzidos do montante que consta da CDA. Alega, em síntese, que a contribuição do FGTS é constituída de crédito do trabalhador e também de parcelas relativas ao encargo social, destinada ao patrimônio do Fundo.

Além disso, sustenta violação dos arts. 15 e 26, parágrafo único, da Lei nº 8.036/90 e do art. 955 do Código Civil, por considerar que os

depósitos do FGTS foram realizados de forma irregular.

Finalmente, argumenta que o FGTS não pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios, em razão do art. 29-C da Lei nº 8.036/90. E, ainda que essa condenação fosse mantida, foi fixada em valor excessivo, motivo porque requer sua redução.

Não foram apresentadas contrarrazões (fls. 376).

Recurso admitido na origem.  
É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Assiste parcial razão à recorrente.

Preliminarmente, com relação à alegada violação pelo Tribunal de origem ao art. 535 do CPC, destaca-se que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Nesse sentido, alguns precedentes desta Corte:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL [...] EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - REJEIÇÃO - ALEGADA AFRONTA AO ART. 535 E 280, 281 E 282 DO CTB - INOCORRÊNCIA [...] RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE, MAS IMPROVIDO.

1. O Tribunal de origem solveu a controvérsia de maneira sóli-

da e fundamentada, apenas não adotando a tese dos recorrentes, razão pela qual fica afastada a afronta ao art. 535 do CPC.

(...)

(REsp 993.554/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJU 30.5.2008) PROCESSO CIVIL. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO À PENHORA DE BENS. ORDEM LEGAL. ART. 11 DA LEF. SÚMULA N. 7/STJ.

1. Revela-se improcedente argüição de ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil quando o Tribunal de origem tenha adotado fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, atentando-se aos pontos relevantes e necessários ao deslinde do litígio, ainda que suas conclusões não tenham merecido a concordância da parte recorrente.

(...)

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(REsp 450.860/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 1º.8.2006)

Analizando-se os autos, percebe-se que a decisão *a quo* examinou expressamente a matéria, conforme trecho abaixo transcrito, que a parte recorrente impugnou como omitida, não havendo que se falar em violação ao art. 535 do CPC (fl. 322):

Tenho, pois, que os valores pagos, devidamente representados nos acordos trabalhistas, devem ser excluídos da execução, sob pena de cobrança em dobro, o que não se justifica.

Ressalto que o pagamento do FGTS feito em acordos na Justiça do Trabalho abrange todo o débito relacionado com o empregado, englobando correção monetária, juros e multa.

Sobre essa questão, assim decidiu a 1ª Turma desta Corte, no julgamento da AC nº 2002.71.07.000676-4/RS, conforme extrato do voto:

“... Nesta esteira, diante da prova dos pagamentos realizados pelo empregador, tenho por válido e eficaz o adimplemento, o que obsta a execução fiscal ora embargada quanto a estas parcelas, tanto no que se refere ao principal, como no atinente à multa, juros e correção monetária.” (Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria, DJU de 08.09.04).

Portanto, não acolhida a preliminar de violação do art. 535 pelo Tribunal recorrido.

No tocante ao mérito, esta Egrégia Segunda Turma já decidiu da seguinte forma:

**FGTS – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ACORDO REALIZADO NA JUSTIÇA TRABALHISTA – PARCELAS PAGAS PELO EMPREGADOR DIRETAMENTE AO EMPREGADO – COBRANÇA PELA CEF.**

1. Até o advento da Lei nº 9.491/97, o art. 18 da Lei nº 8.036/90 permitia que se pagasse diretamente ao empregado as seguintes parcelas: depósito do mês da rescisão, depósito do mês imediatamente anterior (se ainda não vencido o prazo para depósito) e 40% do montante de todos os depósitos realizados durante a vigência do contrato de trabalho, em caso

de demissão sem justa causa ou 20%, em caso de culpa recíproca ou força maior.

2. Com a alteração da Lei nº 9.491/97, nada mais pode ser pago diretamente ao empregado, devendo o empregador depositar todas as parcelas devidas na conta vinculada do FGTS.

3. Hipótese dos autos em que parte do pagamento direto ocorreu, de forma ilegítima. Legalidade da exigência de tais parcelas em execução fiscal.

4. Recurso especial provido em parte.

(REsp 754538/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 16.8.2007)

**FGTS – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ACORDO REALIZADO NA JUSTIÇA TRABALHISTA – PARCELAS PAGAS PELO EMPREGADOR DIRETAMENTE AO EMPREGADO – COBRANÇA PELA CEF – VIOLAÇÃO DO ART. 26 DA LEI 8.036/90.**

1. Até o advento da Lei nº 9.491/97, o art. 18 da Lei nº 8.036/90 permitia que se pagasse diretamente ao empregado as seguintes parcelas: depósito do mês da rescisão, depósito do mês imediatamente anterior (se ainda não vencido o prazo para depósito) e 40% do montante de todos os depósitos realizados durante a vigência do contrato de trabalho, em caso de demissão sem justa causa ou 20%, em caso de culpa recíproca ou força maior.

2. Com a alteração procedida pela Lei nº 9.491/97, nada mais poderia ser pago diretamente ao empregado, devendo o empregador depositar todas as parcelas devidas na conta vinculada do FGTS.

3. Hipótese dos autos em que o pagamento direto ocorreu, de forma ilegítima, quando já em vigor a Lei nº 9.491/97. Legalidade da exigência de talas parcelas em execução fiscal.
4. Ofensa ao art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.036/90.
5. Recurso especial provido.  
(REsp 632.125/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 19.9.2005)

A questão acerca da validade do pagamento direto ao empregado foi exaurida nos votos da Exma. Min. Eliana Calmon nos processos acima citados, motivo porque transcrevo as razões de decidir do Resp nº 754.538 / RS, cuja fundamentação aplica-se ao caso em apreço:

Trata-se de embargos opostos por LEGIÃO DA CRUZ DE LIVRAMENTO à execução que lhe move a CEF para cobrança de contribuições devidas ao FGTS. O Tribunal *a quo* entendeu que, não obstante o art. 15 da Lei nº 8.036/90 seja claro ao exigir que os valores referentes ao FGTS sejam depositados em não pagos diretamente ao empregado, é possível a quitação diretamente ao empregado quando a relação empregatícia estiver em discussão na via trabalhista, sob pena de ocorrência de duplo pagamento da mesma dívida.

Assim, quanto aos empregados CARMEM SUZANA GONÇALVES BAYON, CIRCE NAYAR OLIVEIRA LOURENÇO, MARIA IEDA SILVEIRA GOMES, o TRF reputou hábeis à demonstração de pagamento efetivada quando da rescisão dos contratos empre-

gatícios homologados pelo sindicato e o recibo acostado à fl. 199.

Por outro lado, a Corte de Apelação reconheceu que cabia à CEF comprovar que o pagamento efetuado diretamente na Justiça do Trabalho não constava na CDA que lastreia o executivo fiscal, nos termos do art. 333, II e 334, III do CPC, ressaltando que a CEF, em sua impugnação, insurgiu-se contrariamente ao pagamento efetuado diretamente na Justiça trabalhista, sem nada dispor quanto à inclusão ou não nas notificações do débito as parcelas referentes à citada empregada.

A CEF refuta veementemente o pagamento direto ao empregado mesmo quando a rescisão do contrato de trabalho ocorrer na Justiça Obreira, alegando ainda que, nos embargos à execução, se o embargante alega que houve pagamento, o ônus da prova é de sua responsabilidade.

Prequestionadas as teses, passo ao exame do recurso, transcrevendo os seguintes dispositivos da Lei nº 8.036/90:

Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965.

Art. 26. É competente a Justiça do Trabalho para julgar os dissídios entre os trabalhadores e os empregadores decorrentes da aplicação desta lei, mesmo quando a Caixa Econômica Federal e o Ministério do Trabalho e da Previdência Social figurem como litisconsortes.

Parágrafo único. Nas reclamações trabalhistas que objetivam o resarcimento de parcelas relativas ao FGTS, ou que, direta ou indiretamente, impliquem essa obrigação de fazer, o juiz determinará que a empresa sucumbente proceda ao recolhimento imediato das importâncias devidas a tal título.

A jurisprudência desta Corte, embora não aceite tal forma de pagamento, deixa de penalizar a empresa com a exigência de um segundo pagamento, aceitando seja feito o abatimento do valor devido das parcelas entregues ao empregado. Neste sentido temos os precedentes seguintes:

**EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. NÃO PAGAMENTO DO FGTS JÁ PAGO DIRETAMENTE AOS EMPREGADOS POR OCASIÃO DA RESCISÃO CONTRATUAL. LEIS 5.107/66 E 8.036/90.**  
1. Embora o artigo 2º da Lei nº 5.107/66 estabeleça a obrigatoriedade do depósito, o seu artigo 6º permitiu o pagamento direto aos empregados optantes.

2. Se a empresa não observou as normas relativas ao recolhimento dos depósitos, essa falta poderá ensejar a aplicação de multa. Todavia, os valores pagos devem ser deduzidos do total exigido, sob pena de ficar a empresa obrigada a pagar duas vezes a mesma parcela.

3. Recurso especial improvido. (REsp 396.743/PR, Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05.08.2004, DJ 06.09.2004, pág. 198)

**ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES AO FGTS. PAGAMENTO DIRETO A EMPREGADO DEMITIDO. ABATIMENTO. POSSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO.**

1. Embargos à execução fiscal em que se busca, dentre outros pedidos, o abatimento de valores relativos à contribuição do FGTS, em face do pagamento direto realizado a empregado demitido. Acórdão do TRF/4ª Região que entende incabível a redução pretendida afirmando não ser hipótese enquadrada no art. 18 da Lei nº 8.036/90, sendo posicionamento pacífico no âmbito daquela Corte. Recurso especial fundado na divergência jurisprudencial em face de acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região que admite a possibilidade do referido pagamento direto ao empregado.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido, excepcionalmente, o pagamento direto do FGTS ao empregado, quando da rescisão contratual sem justa causa.

3. “Se a empresa não observou as normas relativas ao recolhimento dos depósitos, essa falta poderá ensejar a aplicação de multa.

Todavia, os valores pagos devem ser deduzidos do total exigido, sob pena de ficar a empresa obrigada a pagar duas vezes a mesma parcela” (RESP 396743/PR, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 06.09.2004, p.198).

4. Recurso especial provido.  
(REsp 606.848/RS, Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17.02.2005, DJ 04.04.2005 p. 181)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE DÉBITOS PARA COM O FGTS. POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO, DO DÉBITO EXEQUENDO, DE VALORES RELATIVOS AO FGTS PAGOS PELO EMPREGADOR DIRETAMENTE AO EMPREGADO QUANDO DA RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PROVIMENTO.

1. Os valores do FGTS, objeto de execução, mas pagos pelo empregador diretamente ao empregado, por ocasião da rescisão do contrato de trabalho ocorrida antes da vigência da Lei nº 9.491/97, devem ser deduzidos do total exigido na execução, sob pena de ficar a empresa obrigada a pagar duas vezes a mesma parcela. Precedentes deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Recurso especial provido.  
(REsp 585.818/RS, Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26.04.2005, DJ 23.05.2005 p. 153)

Examinada a jurisprudência, vejamos a legislação. Antes do advento da Lei nº 9.491/97, a Lei nº 8.036/90, no art. 18, preceituava:

Art. 18. Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a pagar diretamente ao empregado os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais.

§ 1º Na hipótese de despedida

pelo empregador sem justa causa, pagará este diretamente ao trabalhador importância igual a 40 (quarenta) por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.

§ 2º Quando ocorrer despedida por culpa recíproca ou força maior, reconhecida pela Justiça do Trabalho, o percentual de que trata o § 1º será de 20 (vinte) por cento.

§ 3º As importâncias de que trata este artigo deverão constar do recibo de quitação de rescisão do contrato de trabalho, observado o disposto no art. 477 da CLT e eximirão o empregador exclusivamente quanto aos valores discriminados.

Verifica-se, pelo teor do dispositivo transrito, que somente as parcelas expressamente determinadas pela lei poderiam ser pagas diretamente aos empregados. Pergunta-se então: quais são essas parcelas? Responde-se pela letra fria da lei: a) o depósito relativo ao mês da rescisão e b) o depósito referente ao mês anterior (se ainda não vencido o prazo para seu recolhimento). Mas não é só, pois o dispositivo autoriza expressamente o pagamento direto em duas hipóteses:

1º) em se tratando de despedida sem justa causa, a verba a ser paga diretamente ao empregado corresponderá a importância igual a 40% (quarenta por cento) do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho (§ 1º);

2º) em caso de culpa recíproca, o percentual será de 20% (vinte por cento) do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho (§ 2º);

Além disso o § 3º do art. 18 da Lei nº 8.036/90 afirmava expressamente que o empregador somente se eximiria das parcelas discriminadas na lei, devendo as demais ser depositadas na conta vinculada do trabalhador no FGTS.

Assim, chama-se atenção para o fato de somente as parcelas discriminadas na lei eram passíveis de pagamento direto ao empregado.

Com o avanço da jurisprudência que deu ao dispositivo interpretação elástica, surgiu a preocupação com o desfalque de recursos do Fundo, o que levou o legislador a alterar, por intermédio da Lei nº 9.491/97, publicada em 10/9/1997, a redação do mencionado art. 18 da Lei nº 8.036/90, que passou a vigor com a seguinte redação:

Art. 18. Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais. (Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997)

§ 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta

vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros. (Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997)

§ 2º Quando ocorrer despedida por culpa recíproca ou força maior, reconhecida pela Justiça do Trabalho, o percentual de que trata o § 1º será de 20 (vinte) por cento.

§ 3º As importâncias de que trata este artigo deverão constar da documentação comprobatória do recolhimento dos valores devidos a título de rescisão do contrato de trabalho, observado o disposto no art. 477 da CLT, exigindo o empregador, exclusivamente, quanto aos valores discriminados. (Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997)

Observe-se que a alteração legislativa teve como objetivo preservar o Fundo. Assim, adotar-se entendimento diverso, possibilitando o pagamento direito ao empregado, atropela de forma direta o disposto no *caput* do artigo 18 que, com a alteração na sua redação tornou-se peremptório ao determinar que: ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregado, ficará ele obrigado a depositar na conta do FGTS.

Para reforçar o entendimento a mesma Lei nº 8.036/90, no artigo 20, em longa previsão, enumera as hipóteses em que poderá o empregado lançar mão dos valores do seu FGTS.

Nesse sentido, trago à colação julgado de minha relatoria: FGTS – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ACORDO REALIZADO NA JUSTIÇA TRABALHISTA – PARCELAS PAGAS PELO EMPREGADOR DIRETAMENTE

AO EMPREGADO – COBRANÇA  
PELA CEF – VIOLAÇÃO DO ART.  
26 DA LEI 8.036/90.

1. Até o advento da Lei nº 9.491/97, o art. 18 da Lei nº 8.036/90 permitia que se pagasse diretamente ao empregado as seguintes parcelas: depósito do mês da rescisão, depósito do mês imediatamente anterior (se ainda não vencido o prazo para depósito) e 40% do montante de todos os depósitos realizados durante a vigência do contrato de trabalho, em caso de demissão sem justa causa ou 20%, em caso de culpa recíproca ou força maior.

2. Com a alteração procedida pela Lei nº 9.491/97, nada mais poderia ser pago diretamente ao empregado, devendo o empregador depositar todas as parcelas devidas na conta vinculada do FGTS.

3. Hipótese dos autos em que o pagamento direto ocorreu, de forma ilegítima, quando já em vigor a Lei nº 9.491/97. Legalidade da exigência de tais parcelas em execução fiscal.

4. Ofensa ao art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.036/90.

5. Recurso especial provido.

(REsp 632125/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01.09.2005, DJ 19.09.2005 p. 273)

Na hipótese *sub judice*, o Tribunal reconheceu a validade do pagamento efetuado aos empregados CARMEM SUZANA GONÇALVES BAYON (rescisão contratual ocorrida em 30/03/97 - fls. 193), CIRCE NAYAR OLIVEIRA LOURENÇO (rescisão contratual ocorrida em 30/03/98 - fls. 194) e MARIA IEDA SILVEIRA GOMES (rescisão contratual ocorrida em 09/02/

93 - fls. 197/199). Deve-se observar, portanto, a data da rescisão contratual para fins de aplicação do art. 18 da Lei nº 8.036/90, com a redação anterior ou posterior ao advento da Lei nº 9.491/97.

Por essas razões, considero legítima a exigência da CEF, cobrando por meio de execução fiscal, os valores pagos diretamente aos empregados de forma contrária à lei.

Por fim, não obstante o Tribunal tenha feito referência ao ônus da prova (fls. 484/485), a questão foi trazida à baila apenas como reforço de argumentação, não tendo influenciado diretamente no julgamento. Por isso, entendo prejudicada a análise da tese em torno do art. 333, I do CPC.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso especial.

Em consequência, mantendo a sentença na parte relativa aos honorários advocatícios, que os fixou em "10% sobre o valor da redução do débito, a partir do valor apontado na inicial, corrigido monetariamente, a serem suportados por cada parte em favor do patrono da parte adversa".

É o voto.

Em suma: até o advento da Lei nº 9.491/97, o art. 18 da Lei nº 8.036/90 permitia o pagamento direto ao empregado das parcelas relativas ao depósito do mês da rescisão, ao depósito do mês imediatamente anterior (se ainda não vencido o prazo para depósito) e aos 40% (demissão sem justa causa) ou 20% (culpa recíproca ou força maior) de todos os depósitos

realizados durante a vigência do contrato de trabalho.

Com a entrada em vigor da Lei nº 9.491/97, o pagamento direto ao empregado passou a ser vedado, devendo o empregador depositar todas as parcelas devidas na conta vinculada do FGTS.

*In casu*, a sentença de primeiro grau consignou o seguinte (fl. 409):

Ocorre que no presente caso, os embargantes não lograram êxito na comprovação de que os acordos firmados na Justiça Trabalhista foram efetivamente cumpridos, ou seja, que houve efetivo pagamento aos empregados.

O crédito ora executado refere-se à falta de depósitos de FGTS sobre os salários dos meses de 03/1999 a 06/1999 e de 08/1999 a 12/1999 (fl. 116), em detrimento dos empregados arrolados à fl. 117).

Compulsando os documentos juntados aos autos, constata-se que somente restou comprovado o pagamento realizado ao empregado Valdir Schnaider. À fl. 154 consta requerimento, devidamente protocolado na Justiça do Trabalho, onde o referido empregado dos embargantes informa que houve quitação integral do débito reclamado, dentre o qual as diferenças referentes ao FGTS, consoante se observa pelo acordo homologado juntado às fls. 64/65.

Em relação aos demais empregados, somente foram juntadas as sentenças homologatórias de acordo ou as sentenças acoharendo parte dos pedidos dos autores, prolatadas na Justiça Trabalhista, que não compro-

vam o efetivo cumprimento dos acordos ou das sentenças de parcial procedência.

(...)

Em razão de os referidos documentos não comprovarem efetivamente os pagamentos efetuados aos empregados, não há como considerar que os valores constantes nos acordos sejam considerados na apuração do débito.

(...)

Ante o exposto, e tudo o mais que dos autos consta, ACOLHO EM PARTE O PEDIDO formulado pelos embargantes, para o efeito de determinar que a embargada/exequente exclua do crédito exequendo o valor pago a título de diferenças de FGTS a Valdir Schneider, consoante o acordo homologado juntado às fls. 64/65, nos termos do artigo 269, inc. I do CPC.

Compulsando-se os autos, percebe-se que o acordo entre o empregado Valdir Schneider e a empresa foi realizado em 18 de janeiro de 2001 (fl. 113), data, portanto, posterior à entrada em vigor da Lei nº 9.491/97. Então, é legítima a cobrança pela Caixa, em execução fiscal, de valores transacionados em desacordo com a lei, no tocante ao pagamento direto ao empregado.

E, nesse ponto, prospera o recurso especial.

Assim, com base nas razões expostas, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, para considerar legítima a cobrança pela Caixa, em execução fiscal, de valores transacionados em data posterior à entrada em vigor da Lei nº 9.491/97, em desacordo, pois, com a lei,

no tocante ao pagamento direto ao empregado.

Ademais, com relação aos honorários advocatícios, entendo que deve ser fixada a inversão do ônus da sucumbência, mantidos os parâmetros delineados no acórdão recorrido (fl. 323).

É como voto.

## **CERTIDÃO DE JULGAMENTO**

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de dezembro de 2010

**VALÉRIA ALVIM DUSI**

Secretária



# Superior Tribunal de Justiça

**Ação civil pública. Abertura de conta de depósitos. Exigência de comprovação de endereço. Legalidade.<sup>1</sup>**

## EMENTA OFICIAL

**CONTRATO BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE BANCO E CLIENTE. CONSUMO. DECLARAÇÃO DE RESIDÊNCIA FIRMADA PELO CLIENTE OU PROCURADOR. PRESUNÇÃO RELATIVA. PRETENSÃO DE IMPOSIÇÃO DE ACEITAÇÃO INDISCRIMINADA. IMPOSSIBILIDADE, POR SER MEDIDA QUE PODE OBSTACULIZAR O ADEQUADO CUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO PELO FORNECEDOR DE SERVIÇO E RESULTAR NA FACILITAÇÃO DA LESÃO DE CONSUMIDORES POR EQUIPARAÇÃO.**

1. A declaração de residência firmada pelo próprio declarante ou procurador é tratada pelo artigo 1º da Lei nº 7.115/83 como presunção relativa, e não como prova.

2. O artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, esclarece os objetivos e princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, que contemplam a harmonização dos interesses dos participantes das relações consumeristas e o incentivo à criação, pelos fornecedores, de meios eficientes de controle de qualidade dos produtos e serviços.

3. Não se pode ignorar a relevância quanto a localização do cliente pelo fornecedor de serviço, sob pena de ser inviabilizado o cumprimento, que deve ser ininterrupto, do dever de informação, imposto ao fornecedor de produtos ou serviços pelo artigo 6º, III, do CDC.

4. A Corte de origem apurou que o Banco enumera diversos meios de demonstração de residência e que também admite, ante a inexistência desses documentos, por decisão gerencial, a aceitação de qualquer comprovação, “inclusive, conforme a Lei nº 7.115/1983, declaração de endereço firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante e sob as penas da lei...”.

5. Destarte, a imposição ao Banco de aceitação indiscriminada da declaração (presunção relativa) como satisfação da demonstração do endereço residencial do consumidor tem o condão de colocar o Banco em indevida desvantagem, pois seria o único polo da relação contratual a não ter total segurança a respeito do domicílio do contraente.

6. Desse modo, não é prudente a mitigação dos controles impos-

<sup>1</sup> Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1085160&sReg=200700978454&sData=20110913&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1085160&sReg=200700978454&sData=20110913&formato=PDF)>. Acesso em: 06 out. 2011.

tos pelo Banco à abertura de contas, visto que não se mostram desarrazoados à luz do Código de Defesa do Consumidor e estão, segundo informa o Banco Central do Brasil, em sintonia com as orientações daquela autarquia federal . 7. Recurso especial não provido.

## ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Antônio Carlos Ferreira.

Dr(a). NATANAEL LOBÃO CRUZ, pela parte RECORRIDA: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Brasília (DF), 1º de setembro de 2011 (Data do Julgamento) MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

REsp 947.933 – SC (2007/0097845-4) – DJe 13.09.2011.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública em face da Caixa Econômica Federal objetivando impedir a ré de continuar a exigir, no Estado de Santa Catarina, a apresentação de comprovante de residência no momento da abertura de contas de poupança, desconsiderando a declaração, firmada pelo próprio consumidor, como documento hábil à comprovação. Sustenta que a exi-

gência de comprovação é ilegal e abusiva, pois viola a Lei nº 7.115/83 e acarreta ônus excessivo ao consumidor. Argumenta que um cidadão fez representação ao Ministério Público Federal, aduzindo não ter conseguido abrir conta conjunta de poupança com a neta, tendo em vista que a Caixa lhe exigiu comprovante de residência.

O Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Santa Catarina julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial, entendendo que: a) a exigência de apresentação de comprovante não é dificultosa, sendo segurança mímina, da qual deve se cercar a instituição financeira; b) a presunção de veracidade legal não equivale à comprovação; c) ficou demonstrado nos autos que a Caixa aceita declaração de endereço firmada pelo interessado ou procurador para abertura de caderneta de poupança, nos casos de inexistência de conta de água, luz, telefone, ou contrato de aluguel.

Interpôs o autor apelação para o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento ao recurso.

O acórdão tem a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTAS DE DEPÓSITO. COMPROVAÇÃO DE RESIDÊNCIA MEDIANTE DECLARAÇÃO DO PRÓPRIO CONSUMIDOR.

Demandada que se julga improcedente porque há prova nos autos de que manual normativo editado pela ré e apelada fazulta a comprovação do endereço por declaração.

Inconformado com a decisão colegiada, interpôs o autor recurso especial com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, sustentando violação do artigo 1º da Lei nº 7.115/83.

Afirma que a Lei nº 7.115/83 foi editada com o propósito de desburocratizar os procedimentos necessários para a constituição de prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes.

Argumenta que a presunção de legitimidade às declarações firmadas de próprio punho ou por procurador valoriza a palavra e a honestidade do cidadão, e a presunção de legitimidade conferida a essas informações é condicionada à assunção de responsabilidade pelo conteúdo da manifestação, pois deve constar no documento as penas previstas para o caso de falsidade dos dados externados.

Sustenta que o acórdão esvazia o conteúdo da lei, com base em ato normativo hierarquicamente inferior.

Em contrarrazões, afirma a recorrida que: a) as instituições financeiras submetem-se a regime próprio, previsto na Lei nº 4.595/64, que delega ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central disciplinar as atividades bancárias; b) O Banco Central, em razão da Lei nº 9.613/98, que trata da lavagem de dinheiro, por meio da Circular 2.852/98 e da carta Circular 2.826/98, estabeleceu regras rígidas às instituições financeiras, de forma a conferir a identificação, qualificação e residência do consumidor;

c) a normatização interna da Caixa enumera uma série de documentos que demonstram a residência, possibilitando, por decisão gerencial, ser aceito outro documento ou a declaração firmada pelo interessado ou por procurador.

O recurso especial foi admitido.

Opina o Ministério Públíco Federal pelo provimento do recurso.

## VOTO

O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. A questão controvertida é quanto à possibilidade de ser aceito, de acordo com a conveniência do cliente, como comprovação de residência para a abertura de contas de poupança, declaração firmada pelo consumidor ou seu procurador.

O acórdão recorrido dispôs:

Conforme a Lei nº 7.115/83, que dispõe sobre prova documental nos casos que indica, em seu art. 1º preceitua que a declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou procurador bastante, e sob as penas da lei, presume-se verdadeira.

Todavia, essa regulação não é suficiente para suprir a exigência objurgada pelo apelante. As instituições financeiras estão sujeitas a regime normativo especial, e os ofícios do Banco Central do Brasil, de fls. 37/55, e da apelada, de fls. 75/76 e 78/79, revelam que o depositante

deve ser obrigatoriamente identificado, inclusive no tocante ao endereço, respondendo a instituição pela verificação da exatidão das informações prestadas e, por isso, estando autorizada a exigir a respectiva comprovação. Dois registros cabem de pronto: a presunção de veracidade da declaração é relativada pela subjetividade da criação do documento, ao passo que a proporcionada por outras espécies documentais, como contas de luz, água, telefone, carnês de impostos municipais, contratos de locação etc, graças à sua objetividade, é muito mais robusta; e essas espécies são de muito fácil obtenção pela generalidade das pessoas.

Ademais, há prova nos autos de que o Manual Normativo CO 041, editado pela apelada, facilita a comprovação de endereço por declaração. Veja-se o item 6.1.5 do respectivo Anexo I (documentação exigida para a abertura de conta de poupança PF), à fl. 111:

"6.1.5 A comprovação de endereço é efetuada através de:

- \* contas de água, luz e telefone do endereço do imóvel informado, vencidas há no máximo 2 meses, em nome do interessado;
- \* contrato de aluguel em vigor, em nome do interessado, juntamente com a conta de água, luz ou telefone;
- \* extrato/fatura de cartão de crédito do mês;
- \* talão do IPTU; e
- \* no caso de menor de idade, a comprovação de endereço pode estar em nome de seu responsável legal.

6.1.5.1 Eventualmente, na inexistência dos documentos

listados no item precedente, pro decisão gerencial, pode ser aceito qualquer documento, inclusive, conforme a Lei nº 7.115/1983, declaração de endereço firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante e sob as penas da lei, que permita ao PV localizar o cliente com base nos dados apresentados."

3. O artigo 1º da Lei nº 7.115/83 estabelece:

Art. . 1º - A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homônima ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interesse ou por procurador bastante, e sob as penas da Lei, presume-se verdadeira.

Com efeito, a declaração de residência firmada pelo próprio declarante ou procurador é tratada pela lei não como comprovação de residência, mas como presunção relativa, já que o texto legal não veda que se prove o contrário:

A presunção *iuris et de iure* é inatacável: nenhuma prova em contrário é admitida, inclusive a notoriedade do fato: o legislador concebeu-a assim: a presunção *iuris et de iure*, ao ser legislativamente elaborada, exauriu todo o elemento probatório. Entre as presunções legais absolutas e as presunções legais relativas ordinárias (em que se admite prova contrária), apreciadas segundo o critério ou sistema de provas das leis processuais (e.g., o art. 130), há as presunções legais mistas, a

respeito das quais a lei, admitindo prova em contrário, especifica algum ou alguns meios de prova (cf. Código Civil, art. 340).

[...]

2. *Presunções legais relativas*. De regra, toda presunção legal permite prova contrária. Para que não a admita, é preciso que a lei mesma o diga. A lei só o diz se o legislador entendeu que melhor fora afastar a discussão, ou desprezar os casos de possível não-ocorrência do que se presume. Se não havia razão para isso, errou, *de iure condendo*, o legislador.

[...]

As *presunções legais são relativas*, princípio que, para ser afastado, exige a lei que, na espécie, o exclua. A fonte foi o § 292, 1ª parte, da ordenação processual alemão (revista em 1898): “Stellt das Gezest fur das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung auf, so ist der Beweis des Gegenteils Zulässig, sofern nicht das Gesetz für das Virhandensein einer Tatsache eine Vermutung auf, so ist der Beweis des Gegenteils zulässig, sofern nicht das gesetz ein Anderes erschreibt”. A inserção de presunções legais em leis de direito processual havia estabelecido certos contrastes com o direito material, até que se firmou pertencerem a esse as regras sobre presunções legais, se não concernem ao processo mesmo.

[...]

Com isso, obviou-se aos graves inconvenientes das incertezas interpretativas diante de expressões tais como “presumir”, “presume-se” e “presunção”, que podiam referir-se a presun-

ções legais absolutas e presunções legais relativas.

[...]

Qualquer regra jurídica pode pôr a presunção e há de entender-se relativa, se a regra, que a criou, não diz que é absoluta, isto é, se, explícita ou implicitamente, não exclui a prova em contrário. (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000, tomo 3, ps. 496-499)

---

Presunção é a conclusão lógica que se tira de um fato conhecido, para se estabelecer a possibilidade da verdade de um fato desconhecido. É, assim, a dedução de um fato para o conhecimento da verdade de outro. Theodoro Júnior considera que a presunção constitui uma modalidade de *prova crítica ou indireta*, pois permite ao juiz a argumentação sobre os fatos que lhe são submetidos à apreciação.

Muito embora o Código Civil de 1916 e o novo Código incluam a presunção como meio de prova, a bem da verdade não o é. A presunção é um processo lógico, como observa Caio Mário, para se atingir a verdade legal. A presunção, como processo lógico que é, pode resultar de uma simples conjectura ou mesmo de uma verdade possível, extraída de outro fato e dotada de repercussão jurídica de conteúdo sancionatório.

*Conjectura* é, portanto, a presunção humana da classe, sobre a qual não se motiva a cominação de penas.

A presunção pode ser:

a) *de direito*, que se presta como prova plena e líquida;

b) *de fato*, que nem sempre serve de prova da relação jurídica.

A *presunção legal* pode ser absoluta ou condicional (relativa). No primeiro caso, não se admite prova em sentido contrário (*presunção iure et de iure*); no outro, a contrariedade é possível (*presunção iuris tantum*), incumbindo àquele que sofre os efeitos negativos da presunção a demonstração dos fatos que o beneficiam.

Assim, presumem-se verdadeiras em relação aos signatários as declarações formuladas no respectivo documento, seja ele um simples termo de declaração, um negócio jurídico ou um título de crédito. Não se admite neste caso prova em sentido contrário, protegendo-se desse modo os interesses tanto de quem se beneficiará do teor da declaração como de terceiro.

[...]

Não se confunde presunção com *indício*, uma vez que este é um fato material, enquanto aquela é puramente lógica, podendo ou não existir.

*Indício* é a constatação de possível existência de um fato cujo conteúdo precisa ser melhor verificado.

Diferencia-se o indício da presunção porque ele, por si só, não leva a alguma conclusão lógica estabelecida a partir de um fato conhecido, limitando-se a apontar provável existência de um acontecimento com repercussão jurídica.

O indício é o primeiro passo para a obtenção de uma prova ou, ainda, para o estabelecimento de determinada presunção, valendo-se o julgador do princípio da causalidade para

admitir a existência do fato e sua repercussão na relação jurídico-processual, entendendo-se que tal acontecimento se constitui em um meio de prova. Assim, pode-se afirmar que o indício não significa certeza de demonstração de um fato mas probabilidade de sua possível existência, subordinada a eventual ratificação ou não, através da prova ou, pelo menos, do estabelecimento da presunção. (LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil**. 3 ed.: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, ps. 633-634)

4. Por outro lado, é bem de ver que as instituições financeiras, inequivocamente, estão submetidas ao Código de Defesa do Consumidor (Súmula 297/STJ), devendo a demanda ser dirimida tomando em consideração o microsistema consumerista.

Todavia, a questão que se põe em relevo é saber se referida exigência é abusiva, colocando o consumidor em posição de indevida desvantagem.

Como trata-se de relação jurídica de consumo, é preciso não se descuidar dos dispositivos aplicáveis à espécie, de modo a ser conferida interpretação harmônica ao ordenamento jurídico, sem menosprezar as normas especiais inerentes a esse microcosmo jurídico.

O artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor esclarece os objetivos e princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, sendo digno de nota os incisos III e V:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) [...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

[...]

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

Nesse diapasão, leciona João Batista de Almeida:

O Código de Defesa do Consumidor, antes de cuidar da Política Nacional de Proteção e defesa do Consumidor, cuida da Política de Relações de Consumo, dispondo sobre os objetivos e princípios que devem nortear o setor. Já se disse, acertadamente, que a defesa do consumidor não pode ser encarada

como instrumento de confronto entre produção e consumo, senão como meio de compatibilizar e harmonizar os interesses envolvidos.

#### 1.6.1. Objetivos

Nesse contexto, tal Política deve ter por objetivos, em primeiro plano, o atendimento das necessidades dos consumidores - objetivo principal das relações de consumo-, mas deve preocupar-se também com a transparência e harmonia das relações de consumo, de molde a pacificar e compatibilizar interesses eventualmente em conflito. O objetivo do Estado, ao legislar sobre o tema, não será outro que não eliminar ou reduzir tais conflitos, sinalizar para a seriedade do assunto e anunciar sua presença como mediador, mormente para garantir proteção à parte mais fraca e desprotegida.

Objetivo importante dessa Política é também a postura do Estado de garantir a melhoria de qualidade de vida da população consumidora, quer exigindo o respeito à sua dignidade, quer assegurando a presença no mercado de produtos e serviços não nocivos à vida, à saúde e à segurança dos adquirentes e usuários, quer, por fim, coibindo os abusos praticados e dando garantias de efetivo resarcimento, no caso de ofensa a seus interesses econômicos.

[...]

Por isso, a Política Nacional de Relações de Consumo deve estar lastreada nos seguintes princípios:

[...]

c) *Harmonização de interesses.* Como se disse, o objetivo da Política Nacional de Relações de Consumo deve ser a harmonização

dos interesses envolvidos e não o confronto ou o acirramento de ânimos. Interessa às partes, ou seja, aos consumidores e fornecedores, o implemento das relações de consumo, com o atendimento das necessidades dos primeiros e o cumprimento do objetivo principal que justifica a existência do fornecedor: fornecer bens e serviços. Colimase, assim, o equilíbrio entre as partes.

[...]

*d) Coibição de abusos.* A Política de Relações de Consumo não será completa se não dispuser sobre a coibição dos abusos praticados no mercado de consumo.

[...]

A coibição preventiva e eficiente dessas práticas representará o desestímulo dos potenciais fraudadores. *A contrario sensu*, a ausência de repressão, ou mesmo o afrouxamento, representará impunidade, e, pois, estímulo.

*e) Incentivo ao autocontrole.* Apesar de o Estado interpor-se como mediador nas relações de consumo, procurando evitar e solucionar os conflitos de consumo, não deve, por outro lado, deixar de incentivar que tais providências sejam tomadas pelos próprios fornecedores, mediante a utilização de mecanismos alternativos por eles próprios criados e custeados. Essa é a solução ideal e significa modernização das relações de consumo. (ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, ps. 16-19)

A moldura fática apurada pela Corte local aponta que o Banco

elencia vários meios de demonstração de residência e que também admite, na inexistência dos documentos elencados, por decisão gerencial, a aceitação de qualquer documento, “inclusive, conforme a Lei nº 7.115/1983, declaração de endereço firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante e sob as penas da lei, que permita ao PV localizar o cliente com base nos dados apresentados”.

Não se pode ignorar a relevância da possibilidade de localização do cliente pelo fornecedor de serviço, sob pena de ser inviabilizado o cumprimento, que deve ser ininterrupto, do dever de informação, imposto ao fornecedor de produtos ou serviços pelo artigo 6º, III, do CDC.

Com efeito, não se percebe o menoscabo à presunção legal, todavia é ressalvada, com razoabilidade, a sua aceitação à idoneidade da declaração para “localizar o cliente com base nos dados apresentados”.

Destarte, no caso, não é de ser reconhecida a alegada desvantagem imposta ao consumidor. A imposição ao Banco de aceitação indiscriminada da declaração (presunção relativa), como satisfação da demonstração do endereço residencial do consumidor, colocaria o Banco em indevida desvantagem, já que seria o único pólo da relação contratual a não ter total segurança a respeito do domicílio do contraente.

Ademais, diante de inúmeras e notórias fraudes cometidas para abertura de conta corrente, não é prudente a mitigação dos contro-

les impostos pelo Banco à abertura de contas, visto que não se mostram desarrazoados à luz do Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, consoante afirmado pelo próprio autor na inicial, estão, segundo ofício do Banco Central do Brasil, em sintonia com as orientações feitas pela autarquia federal aos bancos.

5. Igualmente, não se vislumbra qual interesse jurídico, ou mesmo econômico, teria o banco que, assim como seus concorrentes, investe maciçamente em publicidade buscando a atração de clientela, em impor ao consumidor condicionante desnecessária e abusiva à abertura de conta.

6. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial. É como voto.

## **CERTIDÃO DE JULGAMENTO**

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.



# Tribunal Superior do Trabalho

**Agravo de instrumento. Recurso de Revista. Complementação de aposentadoria. Adesão a novo regulamento. Súmula 51, II, do TST. Decisão denegatória. Manutenção.<sup>1</sup>**

## ACÓRDÃO

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. ADESÃO A NOVO REGULAMENTO. SÚMULA 51, II, DO TST. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO.** Consignado no acórdão regional que a Reclamante (ex-empregada aposentada da CEF) espontaneamente optou pelo novo plano de benefícios da FUNCEF, aderindo às *-regras de saldamento do REG/REPLAN em 2006-*, não se há falar em alteração unilateral das condições pactuadas, em prejuízo do empregado, tampouco em direito adquirido às vantagens do antigo plano, conforme o entendimento consignado na Súmula 51, II/TST. Dessa forma, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos.

**Agravo de instrumento desprovido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento

em Recurso de Revista n° **TST-AIRR-128440-71.2007.5.04.0021**, em que é Agravante **SILVIA MARIA CAVALEIRO GIRARDON** e Agravadas **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF** e **FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS - FUNCEF**.

O TRT de origem denegou seguimento ao recurso de revista da Reclamante.

Inconformada, a Reclamante interpõe agravo de instrumento, sustentando que o seu recurso de revista reunia condições de admissibilidade.

Foram apresentadas contramídia ao agravo de instrumento e contrarrazões ao recurso de revista, sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2º, do RITST.

## PROCESSO ELETRÔNICO.

É o relatório.

AIRR - 128440-71.2007.5.04.0021  
- DEJT 16.06.2011

## VOTO

### I) CONHECIMENTO

Atendidos todos os pressupostos recursais, **CONHEÇO** do apelo.

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-128440-71.2007.5.04.0021&base=acordao&numProInt=90045&anoProInt=2010&dataPublicacao=17/06/2011%2007:00:00&query=>>

## II) MÉRITO

### COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. ADESÃO AO PLANO DA FUNCEF (REB). DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO

O Tribunal Regional, ao exame do tema acima citado, denegou seguimento ao recurso de revista.

No agravo de instrumento, a Reclamante reitera as alegações trazidas no recurso de revista, ao argumento de que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade do art. 896 da CLT.

Contudo, a argumentação da Reclamante não logra desconstituir os termos da decisão agravada, que subsiste pelos seus próprios fundamentos, ora endossados e integrantes das presentes razões de decidir, *verbis*:

#### PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS APOSENTADORIA - COMPLEMENTAÇÃO

Alegação(ões):

- contrariedade à(s) Súmula(s) 51, 97 e 288/TST.
- violação do(s) art(s). 5º, *caput* e incisos XXXV e XXXVI, 7º, *caput* e inciso X, 40, § 4º, 201, §§ 2º, 4º e 6º da CF.
- violação do(s) art(s). 9º, 444, 457, § 1º e 468 da CLT, 51, *caput* e inciso I, da Lei nº 8078/90; 424, 1035 e 1707 do Código Civil.
- divergência jurisprudencial.

Outras alegações:

- violação de "normas internas" das reclamadas.

A 7ª Turma ratificou o juízo de improcedência quanto ao pedido de diferenças de complementação de proventos de aposentadoria. O acórdão consigna: Incontroverso que a reclamante firmou termo de adesão ao novo regulamento de benefíci-

os, em conformidade com os documentos das fls. 401/404, na data de 11/08/2006, recebendo a título de indenização o valor de R\$ 56.581,98 e ainda o benefício de renda antecipada de 10% da reserva matemática (fls. 401/402). A adesão ao novo regramento tem eficácia ampla. Como princípio, o Direito do Trabalho não consagra a renúncia de direitos trabalhistas, em especial quando esta deriva da adesão a planos ou regulamentos cujo alcance sequer pode ser vislumbrado - com razoável nitidez - pelo interessado. Assim, a validade do termo de adesão a novo plano de benefícios, por exemplo, não gera efeito de quitação geral de todo e qualquer direito irradiado pelo contrato de trabalho. Isto, porém, em se tratando de opção consumada na vigência da relação empregatícia, pois as vantagens concedidas - por ato patronal, planos ou regulamentos - aderem ao contrato, consante as exegeses do art. 468 da CLT, sintetizadas na Súmula nº 51 do TST. Cuida-se, na essência, de proteger o trabalhador contra alterações lesivas, que, a princípio não percebidas, venham a ocorrer. Paire sempre, na constância da relação jurídica de trabalho, a presunção de que os atos de vontade do empregado não se exteriorizam com total isenção. Ou seja, não são emitidos sem algum tipo de constrangimento ou coação, em virtude da subordinação jurídica entre as partes. De resto, a natureza tutelar das normas trabalhistas destina-se à proteção do trabalhador, parte mais frágil na relação de emprego. Por isto,

mesmo consensuais, alterações prejudiciais no contrato de trabalho deixam de sobreviver. Diverso se mostra o contexto fático quando o ato de vontade - adesão ao novo regulamento - é externado após a extinção do vínculo empregatício. Ressalte-se que a reclamante aposentou-se em 17 de abril de 1997, como consta na inicial (fl. 10). É certo que as condições consolidadas no regramento em que se deu a aposentadoria ficam imunes a supervenientes modificações in pejus ao jubilado por ato unilateral do ex-empregador ou - como no caso - da entidade de previdência privada. Salvo tais prejudiciais alterações, por avançarem ilegitimamente sobre direito adquirido, o ex-empregado pode, sem dúvida, manifestar sua vontade em aderir a planos ou programas oferecidos pelo ex-empregador ou entidade de previdência complementar a qual ligado. Por se assentar em ato de livre vontade - despido, pois, de presumida coação - o negócio jurídico torna-se válido e eficaz, produzindo os efeitos conscientemente desejados pelas partes. Neste momento, não socorre a postulante a regra do art. 468 da CLT, porquanto inexistente relação jurídica envolvendo empregador e empregado. Voluntariamente a reclamante aderiu às regras de saldamento do REG/REPLAN em 2006 (fls. 401/404). Houve transação válida e eficaz que emerge como óbice às pretendidas diferenças de complementação do benefício. Nesse contexto, não há como deferir à autora diferenças de complementação de aposentadoria com amparo

em regulamentos anteriores. (...) Não se verifica ofensa aos arts. 457, parágrafo 1o, e 468 da CLT; arts. 5º, *caput* e incisos XXXV e XXXVI, 7º, *caput* e inciso X, 40 § 4o, 201 e parágrafos, da Constituição Federal. (Relatora: Maria Inês Cunha Dornelles) - grifei.

A decisão não contraria as Súmulas do TST indicadas.

Não constato violação aos dispositivos de lei e da Constituição Federal invocados, circunstância que obsta a admissão do recurso pelo critério previsto na alínea "c" do art. 896 da CLT. À luz da Súmula 296 do TST, aresto que não revela identidade fática com a situação descrita nos autos ou que não disidente do posicionamento adotado não serve para impulsionar recurso de revista.

Reprodução de aresto que provém de órgão julgador não mencionado na alínea "a" do art. 896 da CLT não serve para confronto de teses.

São ineficazes alegações estranhas aos ditames do art. 896 da CLT.

## CONCLUSÃO

Nego seguimento.

Saliente-se, inclusive, que o entendimento consignado na v. decisão ora agravada está em consonância com a jurisprudência desta Eg. Corte, conforme ilustram os seguintes precedentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. DIFERENÇAS. ADESÃO AO NOVO PLANO DE BENEFÍCIOS DA FUNCEF - REB. NÃO PROVIMENTO. Nega-se provimento

a agravo de instrumento pelo qual o recorrente não consegue infirmar os fundamentos do despacho denegatório do recurso de revista. AIRR - 1228-11.2010.5.19.0000, Rel Min: Kátia Magalhães Arruda, 5<sup>a</sup> Turma, DEJT 06/05/2011.

RECURSO DE REVISTA DOS RECLAMANTES. ADESÃO AO NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. ITEM II DA SÚMULA Nº 51 DO TST. O acórdão regional, como posto, está em consonância com o item II da Súmula 51 desta Corte, pela qual se tem que havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. Não conhecido. RR - 123000-34.2007.5.07.0014, Rel Min: Emmanoel Pereira, 5<sup>a</sup> Turma, DEJT 06/05/2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADESÃO A NOVO REGULAMENTO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENDADORIA. SÚMULA 51, II, DO TST. ARTS. 7º, VI, DA CF/88 E 468 DA CLT. O entendimento do Tribunal Regional de que ao transacionar a sua adesão ao novo plano de benefícios da FUNCEP, o reclamante re-

nunciou aos direitos decorrentes ao antigo regulamento, inclusive ao direito de toda e qualquer ação ou procedimento judicial contra a ré, recebendo, em contrapartida, vantagens pecuniárias imediatas (indenização), está em consonância com o item II da Súmula 51 do TST, razão porque não caracterizada ofensa a literalidade dos dispositivos legais indicados. Agravo de Instrumento não provido. AIRR - 1812/2005-073-01-40.4, Rel Min: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, 2<sup>a</sup> Turma, DJ 13/02/2009.

Pelo seu acerto, portanto, adoto como razões de decidir os fundamentos da decisão agravada e **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

#### **ISTO POSTO**

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 08 de junho de 2011.  
Mauricio Godinho Delgado  
Ministro Relator

# Tribunal Superior do Trabalho

## Plano de Cargos e Salários. Invalidade. Retorno à jornada de seis horas. Redução salarial. Não configuração.<sup>1</sup>

### ACÓRDÃO

**RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. INVALIDADE. RETORNO À JORNADA DE SEIS HORAS. REDUÇÃO SALARIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO.** Logrado o pagamento de horas extras a partir da sexta, relativamente ao período em que exerceu a jornada de oito horas, pretende o Reclamante, agora na presente demanda, seja adotado o valor da gratificação outrora percebida, para a jornada de seis horas. Em sendo nula a norma que estabelece a jornada de oito horas para empregado bancário, que não exerce cargo em comissão, a consequência de tal declaração é o retorno da situação ao *status quo*, com os consectários relativos ao período em que vigente o vício, tais como pagamento de horas extras, etc. Vale dizer, portanto, que, retornado o empregado à jornada de seis horas, não há como considerar o pagamento da gratificação relativa à jornada de oito horas, a pretexto de irredutibilidade salarial, sob pena de conferir-se efeitos ao ato repudiado.

tado nulo. À míngua de amparo jurídico no que tange à incorporação da gratificação de valor mais elevado, tem-se que o seu pagamento, quando já não mais existente a situação que o amparava, configuraria enriquecimento ilícito por parte do empregado. **Recurso de Embargos conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista n.º **TST-E-ED-RR-93100-08.2007.5.04.0008**, em que é Embargante **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF** e Embargado **JOÃO LAURO DESIDÉRIO ALVES**.

### RELATÓRIO

A Sétima Turma desta Corte, mediante acórdãos a fls. 461/463 e 476/477, da lavra da Juíza Convocada Maria Doralice Novaes, não conheceu do Recurso de Revista interposto pela parte reclamada no tocante ao tema -Diferenças Salariais-.

Interpõe a parte reclamada os presentes Embargos a fls. 482/490. O Recurso vem calcado em divergência jurisprudencial.

Impugnação a fls. 496/501.

<sup>1</sup> Disponível em: <[Revista de Direito da ADVOCEF – Ano VII – Nº 13 – Nov 11 ■ 235](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2093100-08.2007.5.04.0008&base=acordao&numProclnt=729109&anoProclnt=2009&dataPublicacao=12/11/2010%2007:00:00&query=>». Acesso em: 06 out. 2011.</p></div><div data-bbox=)

Os autos não foram remetidos à Procuradoria-Geral do Trabalho, na forma do art. 83 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

RR - 93100-08.2007.5.04.0008 -  
DEJT 11.11.2010

## VOTO

O Recurso é tempestivo (acórdão publicado em 9/4/2010, sexta-feira, conforme certidão lavrada a fls. 478, e Apelo interposto em 19/4/2010). Preparo efetuado a fls. 347, 397 e 481. A Reclamada encontra-se regularmente representada nos autos (procuração a fls. 459).

### I - CONHECIMENTO

#### DIFERENÇAS SALARIAIS - (REDUÇÃO SALARIAL NO VALOR DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO - RETORNO À JORNADA DE SEIS HORAS)

A Turma não conheceu do Recurso de Revista interposto pela parte reclamada, com base nos seguintes fundamentos, a fls. 461/462:

Tese Regional: Nos termos do art. 7.º, VI, da CF, deve ser mantida a sentença que declarou a abusividade da redução salarial e condenou a CEF a pagar diferenças salariais, pois '*é fato incontrovertido que não houve alteração das funções desempenhadas pelo autor quando da ocorrência da redução da jornada de oito para seis horas, bem como é incontrovertida a redução salarial procedida pela Reclamada*' (fl. 426, grifos nossos). Ademais, na reclamação trabalhista anteriormente ajui-

zada pelo Reclamante, foram deferidas as horas extras pelo labor acima das 7.ª e 8.ª horas diárias sobre o salário percebido pelo Obreiro, o que demonstra que aquela era a sua remuneração por uma jornada de seis horas. Assim, '*enquanto o Reclamante permanecer desempenhando as mesmas funções, deve perceber a gratificação na íntegra [...]*' (a fls. 425/426v.).

Antítese Recursal: Na medida em que o Reclamante postula, em outra demanda, as horas extras pelo labor acima das 7.ª e 8.ª horas diárias, a pretensão deduzida na presente reclamatória, fundamentada em suposta redução salarial ilícita, é, evidentemente, incompatível com a deduzida naquela primeira ação. Ora, se o Obreiro foi contratado para laborar seis horas diárias, tal como ele próprio reconhece, não pode auferir nem salário nem gratificação correspondente à jornada de oito horas, conforme pretende na presente reclamação. Nesse contexto, houve violação dos arts. 2.º, 5.º, I, 7.º, VI, e 37, II, da CF, 468 da CLT e 884 do CC (a fls. 436/439).

Síntese Decisória: O entendimento adotado pelo Regional não viola de forma direta e literal o disposto nos arts. 2.º e 5.º, I, da CF, que tratam, genericamente, de princípios-norma, os quais somente poderiam ser violados de forma reflexa, o que não atende ao requisito insculpido no art. 896, 'c', da CLT. Além disso, o Regional não deslindou a controvérsia dos autos pelo prisma do disposto no art. 37, II, da CF, de forma que incide sobre a espécie o óbice da Súmula 297, I e II, desta Cor-

te, ante a ausência de prequestionamento.

Por outro lado, tendo o Regional consignado expressamente ser incontroverso nos autos o fato de que '*não houve alteração das funções desempenhadas pelo autor quando da ocorrência da redução da jornada*' (fl. 426, Grifos nossos), tendo, além disso, registrado ser incontestável que também houve uma '*redução salarial procedida pela Reclamada*' (fl. 426, grifos nossos), não se verifica alegada a violação dos arts. 7.º, VI, da CF, 468 da CLT e 883 do CC, dispositivos cujos comandos foram, dados os pressupostos fáticos nos quais se lastreou o Regional, devidamente observados pelo acórdão recorrido.

Assim sendo, NÃO CONHEÇO do Recurso de Revista, no aspecto, em face do óbice das Súmula 297, I e II, do TST e do art. 896, 'c', da CLT.

Sustenta a Reclamada que a determinação de retorno dos empregados, com relação à jornada de oito para seis horas de trabalho, teve como motivação reiteradas decisões oriundas desta Corte Superior, no que reconheceu a nulidade da opção elastecida. Diante de tais decisões, prossegue afirmando que, declarado nulo o termo de opção, impunha-se o retorno ao *status quo ante*, resultando daí o retorno do empregado não apenas à jornada de seis horas, como também à remuneração à ela correspondente. Busca demonstrar, assim, o equívoco da decisão que autoriza a incorporação da função, a pretexto de redução salarial, tanto mais que tal medida decorreu

de mero cumprimento das decisões desta Justiça Especializada.

O Recurso de Embargos vem calcado em divergência jurisprudencial.

Prospera o Apelo.

Dispõe a ementa do segundo arresto transcrita pela Reclamada, oriundo da 8.ª Turma, da lavra da Min. Dora Maria da Costa, a fls. 487/488:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. BANCÁRIO. REVERSÃO À JORNADA DE SEIS HORAS. SUPRESSÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. REDUÇÃO SALARIAL. INOCORRÊNCIA. Os artigos 7.º, VI, da CF/88 e 457 e 468 da CLT estão incólumes, pois a determinação do Regional, para que seja observada a tabela salarial da Reclamada para pagamento da gratificação de função correspondente à jornada laboral de seis horas diárias, a partir de seu retorno a tal jornada, não caracteriza redução salarial, mas sim adequação da remuneração da Reclamante à sua jornada de trabalho, à qual está legalmente subordinada. Precedentes. Recurso de revista não conhecido.

Nas situações cotejadas, em que examinadas a mesma controvérsia, adota-se entendimentos diametralmente opostos. Enquanto na hipótese se entende pela ocorrência de irredutibilidade salarial, no paradigma externa-se a posição segundo a qual o retorno à jornada de seis horas, com o pagamento de gratificação compatível com tal jornada, não caracteriza redução, mas adequação da remuneração.

**Conheço do Recurso** por divergência jurisprudencial.

## II - MÉRITO

Esta Corte, à luz dos arts. 9.º, 224 e 444 da CLT, entende ser nula a opção mediante a qual o bancário, no exercício de função técnica, se dispôs a trabalhar por mais duas horas além da jornada normal, em contrapartida ao recebimento de determinada gratificação. Por esta razão, firmou-se o entendimento de que seria devido o pagamento das 7.ª e 8.ª horas extras diárias, autorizando-se, contudo, a dedução da diferença entre a gratificação decorrente da jornada de 8 (oito) horas de trabalho e a que eventualmente a Reclamante percebia pela jornada de 6 (seis) horas, em homenagem princípio da boa-fé. Tal entendimento encontra-se atualmente consagrado na Orientação Jurisprudencial Transitória n.º 70 da SBDI-1.

Tal controvérsia, todavia, constituiu-se objeto de ação anteriormente ajuizada pelo ora Recorrido. Conforme registrado pelo Tribunal Regional -(...) o Reclamante ajuizou reclamatória anterior - processo n.º 01171-2004-005-04-00-8 -, onde teve deferidas 'horas extras, assim consideradas às 7.ª e 8.ª na jornada- (a fls. 426).

O que se pretende, na presente demanda, é o exercício da jornada de seis horas, com o pagamento da gratificação a que o Reclamante fazia jus quando na jornada de oito horas, sob pena de redução salarial.

Improcedente tal pretensão.

Em sendo nula a norma que estabelece a jornada de oito horas

para empregado bancário, que não exerce cargo em comissão, a consequência de tal declaração é o retorno da situação ao *status quo*, com os conseqüentários relativos ao período em que vigente o víncio, tais como pagamento de horas extras, etc. Vale dizer, portanto, que, retornado o empregado à jornada de seis horas, não há como considerar o pagamento da gratificação relativa à jornada de oito horas, a pretexto de irredutibilidade salarial, sob pena de conferir-se efeitos ao ato reputado nulo.

A par disso, afigura-se injustificável o pagamento de gratificação de função cujo valor encontrava-se vinculado ao exercício de uma jornada de trabalho maior, já não praticada. À míngua de amparo jurídico no que tange à incorporação da gratificação de valor mais elevado, tem-se que o seu pagamento, quando já não mais existente a situação que amparava, configuraria enriquecimento ilícito por parte do empregado.

É sob tal perspectiva, e não sob a ótica da Súmula n.º 109 deste Tribunal Superior, que deve ser solucionada a controvérsia. Registre-se que, ao contrário do que consignado pela Turma, em situações tais - já exaustivamente examinadas por esta Subseção -, a gratificação não se vincula à função e, sim, à jornada de trabalho. Enquanto no exercício da jornada de oito horas, não houve para o empregado, pois, atribuição de maior responsabilidade, mas apenas o elastecimento da jornada, em contrapartida à majoração do valor pago para a mesma função.

Com tais fundamentos, **dou provimento** ao Recurso de Embargos, para indeferir os pedidos formulados na petição inicial. Custas invertidas, a cargo do Reclamante, que fica dispensado de seu recolhimento, em face dos benefícios da Justiça Gratuita.

**ISTO POSTO**

**ACORDAM** os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimi-

dade, conhecer dos Embargos por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhes provimento para indeferir os pedidos formulados na petição inicial. Custas invertidas, a cargo do Reclamante, que fica dispensado de seu recolhimento, em face dos benefícios da Justiça Gratuita.

Brasília, 28 de outubro de 2010.

Maria de Assis Calsing  
Ministra Relatora



# Tribunal Superior do Trabalho

**Adesão ao Plano Previdenciário - REB. Validade das regras de saldamento do plano anterior – REG/REPLAN. CTVA. Integração.<sup>1</sup>**

## ACÓRDÃO

**RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICONAL.** Em face do princípio da celeridade processual, insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da CF, bem como diante da possibilidade de êxito do recurso, **deixa-se de analisar** a preliminar de negativa de entrega da jurisdição, tendo em vista os termos do § 2º do art. 249 do CPC, no sentido de que, quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. **2. ADESÃO AO PLANO PREVIDENCIÁRIO REB. VALIDADE DAS REGRAS DE SALDAMENTO DO PLANO ANTERIOR - REG/REPLAN. CTVA. INTEGRAÇÃO. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO.** Consoante o disposto no item II da Súmula 51 do TST, a opção do empregado por um dos regulamentos surte o efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. Nesse contexto, a decisão proferida pelo Tribunal - a quo- merece reforma, no sentido de adequar-se à jurisprudência pacífica

cada desta Corte Superior, consubstanciada na Súmula mencionada acima. **Recurso de revista conhecido e provido, no particular.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-9304800-43.2006.5.09.0005**, em que é Recorrente **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF** e são Recorridas **MARIA DO ROCIO NUNES DE SOUZA** e **FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS - FUNCEF**.

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região deu parcial provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamante, para declarar a nulidade da cláusula terceira do termo de adesão às regras de saldamento do REG/REPLAN e ao novo plano de novação de direitos previdenciários e determinar a realização de contribuição sobre a parcela CTVA paga à reclamante para a FUNCEF, devendo cada parte arcar com a cota que lhe cabe, bem assim a inclusão da contribuição sobre a CTVA no saldamento do REG/REPLAN, responsabilizando ambas as reclamadas solidariamente pelas referidas obrigações.

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%209304800-43.2006.5.09.0005&base=acordao&numProclnt=567542&anoProclnt=2009&dataPublicacao=06/05/2011%2007:00:00&query=>>>. Acesso em: 06 out. 2011.

Inconformada, a Caixa Econômica Federal interpõe recurso de revista às fls. 864/883. Argui nulidade por negativa de prestação jurisdicional. No mérito, sustenta que a decisão recorrida não pode prevalecer no que concerne aos seguintes temas: -nulidade da cláusula contratual-, -CTVA-, e -responsabilidade solidária-. Fundamenta o apelo nas alíneas do artigo 896 da CLT.

O Vice-Presidente do Regional admitiu o apelo mediante a decisão às fls. 930/934.

A reclamante apresentou contrarrazões às fls. 935/951.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83 do RITST.

É o relatório.

RR - 9304800-43.2006.5.09.0005  
- DEJT 05.05.2011

## VOTO

### I - CONHECIMENTO

Satisfeitos os requisitos atinentes à tempestividade (fls. 813/864), à regularidade de representação (fl. 884) e ao preparo (fls. 885/886), examinam-se os demais pressupostos de admissibilidade do recurso de revista.

### 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

A reclamada afirma que, apesar da oposição de embargos de declaração, o Regional não se manifestou acerca de omissão havida no acórdão recorrido. Nessa linha, indica afronta aos artigos 5º, LIV e LV, e 93, IX, da atual Constituição, 458 e 535 do CPC. Traz arestos.

Em face do princípio da celeridade processual insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da CF, bem como diante da possibilidade de êxito do recurso, deixa-se de analisar a preliminar de negativa de entrega da jurisdição, tendo em vista os termos do § 2º do art. 249 do CPC, no sentido de que, quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

### 2. ADESÃO AO PLANO PREVIDENCIÁRIO REB. VALIDADE DAS REGRAS DE SALDAMENTO DO PLANO ANTERIOR - REG/REPLAN. CTVA. INTEGRAÇÃO. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO.

Em relação ao tema o Regional, após analisar a cláusula 3ª do termo de adesão, consignou que:

- O Juízo de Primeiro Grau entendeu que não há nulidade no parágrafo único da Cláusula Terceira do Termo de Adesão ao Novo Plano da FUNCEF pelos seguintes argumentos: **a adesão é facultativa; a própria Autora reconhece, desde a exordial, seu interesse em participar do Novo Plano por ser mais vantajoso, o que fez em 31.08.2006; a manifestação de vontade foi livre; a transação levada a efeito importou em concessões mútuas.**

Dispõe a Cláusula Terceira do Termo de Adesão às Regras de Saldamento do REG/REPLAN e ao NOVO PLANO E NOVAÇÃO DE DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS (fl. 582):

**CLÁUSULA TERCEIRA - NOVAÇÃO DE DIREITOS** - A partir da assinatura deste TERMO as regras constantes dos Capítulos XII e XV do Regulamento do Plano de Benefícios REG/REPLAN e as regras do Regulamento do Plano de Benefícios NOVO PLANO passam a reger a relação jurídica entre o(a) PARTICIPANTE e a FUNCEF, não se aplicando às partes quaisquer direitos, obrigações ou efeitos das regras anteriores do Regulamento do Plano de Benefícios REG/REPLAN, bem como do Regulamento do Plano de Benefícios REB. **Parágrafo único** - Tendo em vista o disposto no *caput*, o(a) PARTICIPANTE e a FUNCEF dão-se, mutuamente, plena, irrevogável e irretratável quitação sobre qualquer obrigação ou direito referente às regras anteriores do REG/REPLAN e às regras do REB, nada mais havendo a reclamar uma parte à outra.

A autora defende a nulidade da cláusula, uma vez que abusiva. Implicaria extinção de ações judiciais já em trâmite (no caso da RT 11885/2005), impossibilidade de ingresso de outras ações e renúncia de direitos. O termo de adesão fere a Lei Complementar nº 109/2001 (artigos 3º, III e 7º), uma vez que as cláusulas não são transparentes e criam um enorme desequilíbrio econômico-financeiro entre as partes. A adesão não configura transação, na forma dos artigos 840 e ss. do CC, até porque não houve homologação judicial. A cláusula é nula, ensejando a aplicação dos artigos 9º da CLT e 184 do Código Civil.

**No meu particular entendimento, o participante poderia aderir ao termo e depois,**

**se preciso, utilizar de medida judicial contra o estabelecido na cláusula. Entretanto, no caso presente, diante da declaração do Juízo de Primeiro Grau no sentido de que a cláusula não é nula, o provimento judicial se faz necessário.**

Efetivamente o parágrafo único da cláusula terceira do termo de adesão é nulo de pleno direito (art. 9º da CLT) na medida em que afronta flagrantemente o mandamento constitucional do acesso à justiça.

A autora não está pretendendo a aplicação de regras de dois regulamentos distintos. A situação, pois, não guarda relação com a situação disposta na Súmula 51 do TST.

Transação pressupõe a existência de direitos duvidosos e se caracteriza por concessões recíprocas tendentes a prevenir ou terminar um litígio (art. 840 do CC). Tais concessões têm que ser explicitadas. Não consta que tenha havido discussão acerca de direitos duvidosos em relação à autora, e que, portanto, pudessem ser objeto de um litígio.

Não tendo havido transação, não tem aplicação os dispositivos do CC (artigos 848 e 849) referidos pela FUNCEF (fl. 751). Reformo a sentença para declarar a nulidade da Cláusula Terceira do Termo de Adesão às Regras de Saldamento do REG/REPLAN e ao NOVO PLANO E NOVAÇÃO DE DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS.

**COMPLEMENTO TEMPORÁRIO VARIÁVEL DE AJUSTE DE MERCADO - CTVA**

O Juízo de Primeiro Grau rejeitou a pretensão da autora vol-

tada ao cômputo do Complemento Temporário Variável de Ajuste de Mercado - CTVA na base de cálculo do salário-de-contribuição. Assim procedeu, por entender que o pedido ofende a previsão regulamentar:

Extrai-se do contido no artigo 13, do Regulamento do Plano de Benefícios do REG/REPLAN (fls. 116/140 e 381/408) que "...As parcelas que constituem o SALÁRIO DE PARTICIPAÇÃO serão definidas de acordo com Plano de Cargos e Salários do PATROCINADOR e por este aprovadas, bem como pela Diretoria Executiva e Conselho Deliberativo da FUNCEF" (fl. 387). Assim, conquanto o CTVA não esteja expressamente excluído do salário de participação, o próprio regulamento atribuiu competência para que também a Diretoria Executiva e o Conselho Deliberativo da 2<sup>a</sup> Ré fixasse, especificamente, a base de cálculo do salário de participação. Tanto é assim que as Normas de Serviço nºs. 25/85 e 001/94 alteraram a base de cálculo do salário de participação, assim como a Circular Normativa DIBEN CN 018/98, de 23.11.1998 (fls. 238/239), estabelecendo ali rol taxativo do salário de contribuição.

Acrescentou, por fim, não vislumbrar prejuízo quanto à integração da parcela no Novo Plano que foi instituído para, além de solucionar problemas dos Planos anteriores (REG/REPLAN e REB), atribuir mais vantagens aos participantes. A reclamante recorre alegando, em síntese, que: o CTVA integra a remuneração base do empregado; tem nítida nature-

za salarial; a CEF recolhe todos encargos sociais sobre a verba, com exceção para a FUNCEF; isso impede o cômputo da verba na reserva matemática da autora, diminuindo o valor do benefício; deve compor o salário-de-participação, na forma do art. 13 do antigo plano como do art. 20 do novo plano; no novo plano a contribuição sobre o CTVA foi permitida; ficou impedida, porém, de contribuir sobre a parcela, desde a sua criação, em novembro de 1998 até agosto de 2006; a responsabilidade é da CEF que praticou ato omissivo; por esse mesmo motivo, não há que se falar em reserva atuarial.

**A reclamante é empregada ativa da CEF desde 06.07.1984. Recebe a parcela CTVA desde novembro de 1998, quando foi instituída, o que, de fato, é constatado dos contracheques juntados com a inicial (fls. 63/112).**

Inicialmente, era participante do REG/REPLAN. Aderiu em 31.08.06 ao "Termo de Adesão às Regras de Saldamento do REG/REPLAN e ao Novo Plano e novação de direitos previdenciários" (fls. 582/583).

O Regulamento do Plano de Benefícios do REG/REPLAN não fixou as parcelas integrantes do salário de participação, atribuindo tal incumbência para o Patrocinador e a FUNCEF (art. 13 - fl. 387), que mediante Circular Normativa DIBEN CN 018/98, de 23.11.1998, no item 4.1 (fls. 238/239), definiu as seguintes: - Salário-padrão; Adicional por tempo de serviço; Função de confiança (em caráter de titularidade ou substituição); Vantagens pessoais; Adicional noturno; Adicio-

nal de insalubridade; Adicional de periculosidade; Adicional Compensatório de perda de função; Cargo em Comissão; Quebra de Caixa; 13º Salário (gratificação de natal).

**Literalmente a verba “complemento temporário variável de ajuste de mercado - CTVA” não consta do rol.**

O complemento temporário variável de ajuste de mercado - CTVA inegavelmente detém natureza salarial, representando um complemento da gratificação de função para atingir o valor compatível com o mercado de trabalho. Tanto que a RH 115, no item 3.3.2 dispõe (fl. 274): “COMPLEMENTO TEMPORÁRIO VARIÁVEL DE AJUSTE AO PISO DE MERCADO - CTVA (rubrica 005) - valor que complementa a remuneração do empregado ocupante de CC efetivo ou assegurado quanto esta remuneração for inferior ao valor do Piso de Referência de Mercado, conforme Anexos VII, VIII e IX.”

A despeito de pago em rubrica separada, o CTVA, em verdade, compõe a função de confiança. A FUNCEF ao afirmar que “... é possível uma pessoa exercer um cargo comissionado, perceber remuneração maior que o piso de mercado e, consequentemente, não receber o CTVA” (fl. 755) só demonstra que os valores pagos a título de CTVA também remuneram a função de confiança exercida.

Nesse sentido, decidiu recentemente o c. TST:

**RECURSO DE REVISTA. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESÃO. REVERSÃO AO CARGO EFETIVO. INCORPORAÇÃO DA PARCELA CTVA NA GRATIFICAÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO**

**AGREGADA AO VALOR. FINALIDADE DE REMUNERAR O PROFISSIONAL COM O VALOR DE MERCADO. ESTABILIDADE.** A parcela paga a título de Complemento Temporário Variável de Ajuste ao Piso de Mercado, que compõe o valor pago para gratificar o cargo de confiança do empregado, é complemento que se incorpora ao salário, ante a sua finalidade de remunerar o empregado de confiança com o valor compatível com o mercado de trabalho. Ao determinar o direito do empregado à incorporação da gratificação de função, recebida por mais de 10 anos, o princípio da estabilidade e da irredutibilidade salarial não permite que se disagregue da gratificação de função valor que complementou o valor, pois a parcela não é transitória, e sim o valor que compõe a remuneração, mas com o fim de beneficiar o empregado. Recurso de revista conhecido e desprovido. (6ª Turma. RR 216-2007-019-03-00. Ministro Relator Aloysio Corrêa da Veiga. DJ. 04/04/2008).

**Em razão da finalidade para a qual foi instituída e exerce, a parcela é integrativa à função de confiança e foi paga habitualmente à reclamante. Incide, pois, contribuição a FUNCEF sobre o CTVA. Isso, porém, só veio a ocorrer com o Novo Plano. Até a adesão ao Novo Plano, é certo que não houve contribuição sobre o CTVA. Na migração de planos, procedeu-se ao saldamento do plano anterior.**

Conforme informes (fl. 151): O saldamento do REG/Replan é uma alternativa aos planos de

benefícios anteriores, criada com a inclusão de uma nova opção no regulamento do REG/Replan. No Saldamento, determina-se o benefício devido ao associado com base no direito acumulado, de acordo com as regras do REG/Replan. (...) No caso dos ativos, o benefício será reajustado mensalmente até o início do seu pagamento. O participante da ativa que optar pelo Saldamento do REG/Replan terá assegurados os direitos acumulados até a data final do período de adesão ao saldamento. A partir daí, ele deixará de fazer contribuições para o REG/Replan e ingressará no Novo Plano, onde formará novas reservas a partir de suas contribuições e as do Patrocinador (Caixa). Ao chegar à fase de recebimento de benefícios, o associado receberá o valor assegurado pelo Saldamento mais a parcela referente ao Novo Plano. O saldamento teve por base de cálculo o salário de participação na data final do período de adesão (fls. 152/153). Como não havia contribuição sobre o CTVA, o salário de participação considerado para o saldamento foi menor, evidenciando prejuízo à reclamante.

Entendo, de outra sorte, que cada parte deve arcar com o ônus da parcela que lhe cabe, sob pena que enriquecimento ilícito da reclamante.

**Reformo para determinar a realização de contribuição sobre a parcela CTVA paga à autora para a FUNCEF, devendo cada parte arcar com a cota que lhe cabe, bem como a inclusão da contribuição sobre o CTVA no saldamento**

**do REG/REPLAN.- (fls. 799/802 - grifos apostos).**

Em sede declaratória, aquela Corte assentou:

-Alega a CEF que “se a autora pleiteou a contribuição sobre a parcela CTVA permitida pelo Novo Plano, diretamente no Saldamento do Plano REG/REPLAN, mostra-se contraditório o v. Acórdão embargado no que se refere ao fundamento de que ‘a autora não está pretendendo a aplicação de dois regulamentos distintos. A situação, pois, não guarda relação com a situação disposta na Súmula 51 do TST’”.

No tópico “Nulidade de Cláusula Contratual” afirmou-se que “a autora não está pretendendo a aplicação de regras de dois regulamentos distintos. A situação, pois, não guarda relação com a situação disposta na Súmula 51 do TST” (fl. 299 verso) para rebater a alegação da FUNCEF, em contrarrazões, no sentido de que, com a pretensão voltada à nulidade do parágrafo único da cláusula terceira do termo de adesão, a autora estaria pinçando o que de conveniente em cada regulamento (fl. 751).

Já ao determinar a contribuição sobre a CTVA e sua inclusão no saldamento, esta Turma não aplicou o regulamento do Novo Plano. O pedido foi deferido por razões diversas, exaustivamente expostas às fls. 300/302.- (fl. 811-v).

A Caixa Econômica Federal - CEF, nas razões de revista de fls. 869/872 e 872/882, sustenta, em síntese:

se, que a migração do plano de previdência REPLAN para o REB ocorreu por manifestação de vontade da reclamante, devendo surtir todos os efeitos jurídicos previstos, mormente o de improcedência total dos pedidos postulados na presente reclamação trabalhista. Afirma que a decisão recorrida contraria a Súmula 51, II, desta Corte. Traz arestos.

Examina-se.

Ficou expressamente consignado na decisão recorrida que a reclamante aderiu ao termo de adesão às regras de saldamento do REG/REPLAN e ao novo plano e novação de direitos previdenciários em 31/8/2006.

Verifica-se, ainda, da transcrição acima, que o quadro fático-probatório delineado pelo Tribunal Regional não evidencia a existência de nenhum vício de consentimento no ato de adesão ao termo de transação contido no REB.

Deve ser considerado, por outro lado, que a parcela intitulada - Complemento Temporário Variável de Ajuste de Mercado - CTVA-, não constava do rol daquelas que deveriam integrar o salário de contribuição nas regras do plano previdenciário anterior (REG/REPLAN), razão pela qual não havia contribuição sobre ela para a Fundação dos Economiários Federais.

A partir da opção espontânea e, sem vícios, da reclamante ao novo plano previdenciário, com novas diretrizes para a formação de reservas originadas das contribuições dos seus participantes e da patrocinadora (Caixa), passou-se a

admitir a integração da CTVA na base de cálculo do salário de contribuição para a entidade previdenciária privada (Funcionários).

Vê-se claramente que as regras do plano previdenciário anterior e posterior são distintas em relação à integração da CTVA na base de cálculo do salário de contribuição, bem assim que, na migração de planos, procedeu-se ao saldamento do plano anterior.

É certo afirmar que, ao aderir validamente a um novo plano de benefícios, tem-se, por consequência inafastável, a renúncia a eventuais reajustes, **a qualquer título**, no que se refere ao regramento anterior.

Esse é o entendimento desta Corte Superior, a opção do empregado por um dos regulamentos surte o efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.

Nesse contexto, ao impingir de nulidade cláusula do termo de adesão às regras de saldamento do antigo plano REG/REPLAN e ao novo plano e novação de direitos previdenciários ao qual a reclamante aderiu e, também, determinar a inclusão da contribuição da CTVA no saldamento do REG/REPLAN, o Tribunal de origem se posicionou em sentido inverso à jurisprudência dominante no âmbito deste Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada nos precedentes que originaram a edição do item II da Súmula 51, que ora se reproduz:

- NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT.

(...)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles em efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.

Com o escopo de corroborar esse entendimento, citam-se as seguintes decisões envolvendo a mesma reclamada:

**- AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. ADESÃO A NOVO REGULAMENTO EMPRESARIAL. SÚMULA 51, II, DO TST.** Consignado no v. acordão regional que os Reclamantes, de forma espontânea e mediante transação, dispuseram de eventuais créditos relativos à complementação de aposentadoria, resultantes do plano original de benefícios ao qual eram vinculados, vinculando-se, a partir daí, ao plano REB, da FUNCEF, e recebendo, em contrapartida, uma indenização correspondente a tais valores, não se há falar em nulidade do termo de transação, tampouco em contrariedade ao disposto na Súmula 288/TST, em face da observância da hipótese do item II da Súmula 51 do TST. Certo é que a migração para o novo Plano era opcional e, em face da adesão voluntária ao Plano REB, os Autores auferiram vantagens pecuniárias imediatas, o que torna incabível a pretensão de nulidade das cláusulas do Termo de Transação ou de aplicação das normas do antigo regulamento. Em suma: reconhecida a validade da transação e tendo os Au-

tores auferido vantagens pecuniárias, não se há falar em alteração unilateral das condições pactuadas, em prejuízo do empregado, tampouco em direito adquirido às vantagens do antigo plano. O entendimento sobre a matéria já está pacificado nesta Corte Superior Trabalhista, por meio da Súmula 51, II, segundo a qual - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. Harmonizando-se a decisão regional com os termos da jurisprudência sumulada desta Corte, a admissibilidade e o processamento do apelo revisional não se viabilizam, restando incólumes os dispositivos legais e constitucionais apontados. Intelligência do § 4º do art. 896 da CLT e da Súmula 333/TST.

**Agravo de instrumento desprovido.** - (TST-AIRR-98240-76.2005.5.01.0040, 6ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT de 9/4/2010)

**- AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMISSIBILIDADE. RECURSO DE REVISTA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. OPÇÃO AO PLANO DE BENEFÍCIOS REB. SÚMULA N° 51, ITEM II, DO TST** Esta Corte tem reiteradamente decidido que a opção pelo Plano de Benefícios REB importa em renúncia às condições anteriormente vigentes. **Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento.** - (TST-AIRR-122940-06.2005.5.01.0012, 5ª Turma, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DEJT de 12/3/2010)

**- AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DIFE-**

**RENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. ADESÃO AO PLANO REB.**

A decisão regional considerou válida a opção do reclamante de migrar para o novo plano REB por meio do termo de adesão, decidindo, inclusive, em consonância com a Súmula nº 51, item II, do TST. Precedentes desta Corte. Ademais, os arrestos colacionados não se prestam ao fim colimado em face do entendimento contido na Súmula nº 296 e na OJ nº 111 da SBDI-1, ambas deste Tribunal, bem como por não observar o disposto no artigo 896, -a-, da CLT. **Agravio de instrumento conhecido e não provido.** - (TST-AIRR-107140-03.2004.5.04.0007, 8ª Turma, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DEJT de 26/2/2010)

- **RECURSO DE REVISTA [...] COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - OPÇÃO AO PLANO DE BENEFÍCIOS - REB - SÚMULA Nº 51, ITEM II, DO TST.** Como já decidido reiteradamente por este Eg. Tribunal Superior, a opção pelo Plano de Benefícios -REB- importa em renúncia às condições anteriormente vigentes. Precedentes. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. - (TST-RR-62400-35.2008.5.03.0075, 8ª Turma, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT de 11/12/2009)

- **DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. ADESÃO AO PLANO REB.** A decisão regional considerou válida a opção dos reclamantes de migrarem para o novo plano REB por meio do termo de adesão, decidindo em consonância com a Súmula nº 51, item II, do TST. Precedentes des-

ta Corte. Ademais, os arrestos colacionados não se prestam ao fim colimado em face do entendimento contido nas Súmulas nºs 23, 296, I, e 337, I, a, do TST e do disposto no art. 896, a, da CLT. **Agravio de instrumento desprovido.** - (TST-AIRR-119240-18.2004.5.04.0030, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT de 9/10/2009)

- **REGRAS DE SALDAMENTO DO REG/REPLAN - NULIDADE DE CLÁUSULA - INOCORRÊNCIA - SÚMULA Nº 51 DO TST** Os elementos fáticos constantes dos autos, consignados pelo acórdão regional, são no sentido da ausência de vício de consentimento no ato de **adesão** ao Termo de Transação contido no REB. Assim, ao reputar nula cláusula do novo regulamento ao qual aderiram as Reclamantes, o Eg. Tribunal Regional julgou a matéria em desacordo com o entendimento prevalecente no âmbito deste Eg. Tribunal Superior, consubstanciado na Súmula nº 51. - (RR-206000-59.2006.5.15.0008, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, DEJT 13/11/2009).

Assim, diante desse entendimento e dos precedentes citados, ficou demonstrada a contrariedade à Súmula 51, II, do TST.

**Conheço.**

**II - MÉRITO**

Como consequência lógica do conhecimento do apelo por contrariedade ao item II da Súmula 51 do TST, **dou provimento** ao recurso de revista para, reformando a decisão recorrida, restabelecer a sentença pela qual se julgou improcedente a reclamação

trabalhista. **Prejudicada** a análise do tema restante veiculado no recurso de revista.

**ISTO POSTO**

**ACORDAM** os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, **deixar** de apreciar a preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, por força do artigo 249, § 2º, do CPC e **conhecer** quanto ao tema -adesão ao plano previdenciário REB - valida-

de das regras de saldamento do plano anterior REG/REPLAN - CTVA - integração - salário de contribuição- e, no mérito, **dar-lhe provimento**, para restabelecer a sentença pela qual se julgou improcedente a reclamação trabalhista. **Prejudicada** a análise do tema restante veiculado no recurso de revista.

Brasília, 26 de abril de 2011.

Dora Maria da Costa  
Ministra Relatora.

# **PARTE 3**

## **NORMAS EDITORIAIS**

## **DE PUBLICAÇÃO**



---

# **Normas Editoriais de Publicação**

## **I - INFORMAÇÕES GERAIS**

A Revista de Direito da ADVOCEF é uma publicação científica periódica da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Publica artigos originais referentes à atuação profissional do advogado, à pesquisa, ao ensino ou à reflexão crítica sobre a produção de conhecimento na área do Direito.

Sua missão principal é contribuir para a formação profissional e acadêmica do advogado da Caixa e demais Operadores do Direito, bem como socializar o conhecimento técnico e científico produzido por aqueles que pesquisam e/ou atuam em todos os campos do conhecimento jurídico.

## **II – LINHA EDITORIAL**

Os textos remetidos para publicação devem ser preferencialmente inéditos e abranger assuntos pertinentes ao Direito. Os trabalhos serão avaliados por um Conselho Editorial, o qual decidirá pela publicação ou não do material enviado, com base em critérios científicos, interesse institucional ou técnico e, ainda, atualidade de seu conteúdo.

Eventual adequação do conteúdo ao formato eletrônico poderá ser proposta, sem prejuízo da informação. Pequenas modificações no texto poderão ser feitas pelo Conselho Editorial, mas as modificações substanciais serão solicitadas aos autores. Será permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.

Ao remeter o texto para publicação, o Autor cede à ADVOCEF o direito de fazer uso do material enviado na Revista de Direito, no encarte “*Juris Tantum*” do Boletim Informativo Mensal e/ou em seu site na internet, a critério da associação.

A publicação em qualquer veículo de comunicação da ADVOCEF não é remunerada e o conteúdo é de responsabilidade do autor. Os originais, publicados ou não, não serão devolvidos.

## **III – TIPOS DE TEXTO**

1. Artigos doutrinários – análise de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando ao questionamento de modos de pensar e atuar existentes e a novas elaborações na área jurídica;

---

2. Relatos de experiência profissional e estudos de caso – relatos de experiência profissional ou estudos de caso de interesse para as diferentes áreas de atuação do advogado;

3. Comunicações – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais;

#### **IV - APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS**

O texto, de até 30 laudas, deve ser enviado por e-mail à ADVOCEF, no formato Word, redigido em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1,5 cm e margens de 2 cm (eventualmente, o conselho editorial poderá aprovar textos acima de 30 laudas, caso entenda ser de interesse da Revista a publicação na íntegra do material enviado).

O autor deve ainda enviar à ADVOCEF, por correio ou malote, devidamente preenchido e assinado, um termo de cessão de direitos autorais, elaborado a partir de formulário padrão disponibilizado em <[http://www.advocef.org.br/\\_arquivos/40\\_1047\\_termocessao.doc](http://www.advocef.org.br/_arquivos/40_1047_termocessao.doc)>.

O arquivo do trabalho deve conter:

1. Folha de rosto com o nome do(s) autor(es) e: a) título em português; b) nome de cada autor, seguido da afiliação institucional e titulação acadêmica; c) endereço eletrônico para envio de correspondência.

2. Resumo em português – com no máximo 150 palavras e acompanhado de quatro palavras-chave. Palavras-chave são vocábulos representativos do conteúdo do documento que devem ser separados entre si por ponto e finalizados também por ponto.

2.1 Sumário indicando as principais partes ou seções do artigo.

2.2 Resumo bilíngue – Título, resumo e palavras-chave devem ser traduzidos para outro idioma, acompanhando os originais em português.

3. Notas de rodapé – As notas não bibliográficas devem ser reduzidas a um mínimo, ordenadas por algarismos arábicos e colocadas no rodapé da página, não podendo ser muito extensas.

4. As citações de autores devem ser feitas da seguinte forma:

a) Por meio do último sobrenome do autor, com apenas a primeira letra maiúscula, seguido, entre parênteses, do ano de publi-

---

cação do trabalho e, para citações diretas, do número da página. Quando o sobrenome do autor vier entre parênteses, deve ser escrito todo em letra maiúscula.

b) As obras e fontes citadas devem constar, obrigatoriamente, nas referências.

c) As citações diretas com mais de três linhas são consideradas citações longas e são transcritas em parágrafo distinto, começando a 4 cm da margem esquerda, sem deslocamento da primeira linha. O texto é apresentado sem aspas e transscrito com espaçamento entre linhas simples e fonte tamanho 10, devendo ser deixada uma linha em branco entre a citação e os parágrafos anterior e posterior.

5. Referências – Deve-se utilizar a norma ABNT 6023. Exemplos:

a) Livros: DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

b) Capítulo de livro: Autor(es) (ponto). Título do capítulo (ponto). In: referência completa do livro seguida pela paginação inicial e final do capítulo (p. XX-XX) ou pelo número dele (cap. X).

Exemplo: VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade. Bahia: JusPodivm, 2007. cap. 7.

c) Artigo em periódico científico: Autor (ponto). Título do artigo (ponto). Nome da revista ou periódico em negrito (vírgula), local de publicação (vírgula), volume e/ou ano (vírgula), fascículo ou número (vírgula), paginação inicial e final (vírgula), data ou intervalo de publicação (ponto).

Exemplo: DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. **Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, v. 1, n. 1, p. 85-120, ago./dez. 2003

d) Documentos consultados na internet: além dos elementos indicados em a, b e c, deve-se informar o endereço eletrônico completo inserido dentro de <> (que remeta diretamente à fonte consultada, e não apenas à página inicial do site) e precedido de "Disponível em:". Informa-se também a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:" (o horário de acesso é opcional).

Exemplo: STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1498, ago. 2007. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 6 nov. 2007.

---

## **V - ANÁLISE DOS TRABALHOS**

A análise dos trabalhos recebidos para publicação respeitará o seguinte fluxo:

1. Análise pelos membros do Conselho Editorial;
2. Resposta ao autor, informando se o texto foi aceito (com ou sem ressalvas) ou não;
3. Remessa para a composição e diagramação;
4. Publicação.

## **VI - ENDEREÇO PARA REMESSA DOS TRABALHOS**

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal – ADVOCEF

Brasília/DF:

SBS, Quadra 2, Bloco Q, Lote 3, Sala 1410 - Ed. João Carlos Saad  
Fone (61) 3224-3020

E-mail: [revista@advocef.org.br](mailto:revista@advocef.org.br)

\*\*O envio eletrônico do documento pelo e-mail pessoal do autor substitui a assinatura física da carta de encaminhamento.

Preempção no Estatuto da Cidade:  
instrumento de política urbana  
Henrique Chagas

A função social da propriedade no Estatuto  
da Cidade: enfoque aos instrumentos  
da política urbana úteis no combate  
à especulação imobiliária  
Alaim Giovani Fortes Stefanello e  
Ilaine Aparecida Pagliarini

Estatuto da Cidade: análise a partir do Direito  
Ambiental, do Direito Internacional e  
da Constituição Brasileira  
Floriano Benevides de Magalhães Neto

Solo urbano e habitação de interesse social:  
a questão fundiária na política habitacional  
e urbana do país  
Raquel Rolnik, Renato Cymbalista  
e Kazuo Nakano

A prenotação no registro de imóveis  
Luciana Buksztejn Gomes

Lei nº 12.349/2010 e a promoção do  
desenvolvimento nacional  
Fernanda Ongaratto Diamante

A relativização do princípio da proteção ao  
hipossuficiente quanto a empregados de empresas  
públicas e de sociedades de economia mista  
Bianca Zoehler Baumgart Crestani